

الوسيط في شرح القانون الملحق

(٧)

المجلد الأول
العقود الواردة على العميل
المقاولات والوكالات
والودائع والخيارات

تأليف

عبد الزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٦٤

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الحليم شرية - القاهرة

بيان

بعد أن بحثنا العقود التي تقع على الملكية في الجزئين الرابع والخامس من الوسيط ، والعقود الواردة على الانتفاع بالشئ في الجزء السادس ، ثم يبق من العقود المسماة إلا العقود الواردة على العمل وعقود الغرر والكفالة . وقد جرت العادة أن تبحث الكفالة مع التأمينات العينية ، حتى تكون التأمينات جميعا من شخصية وعينية في مكان واحد .

وبقى بعد ذلك العقود الواردة على العمل وعقود الغرر ، فنخصص لها هذا الجزء السابع ، ونستثنى منها عقد العمل . فعقد العمل ، كما ورد في التقنين المدني ، يجب أن يستكمل بالتشريعات الخاصة الكثيرة التي صدرت لتنظيم العمل والعمال . ولذلك آثرنا أن نفرده له وللتشريعات المتعلقة به جزءا خاصا نختتم به أجزاء الوسيط ، بعد أن نكون قد بحثنا - بمشيئة الله وعونه - الحقوق العينية الأصلية في الجزئين الثامن والتاسع ، والتأمينات الشخصية والعينية في الجزء العاشر .

استدراك وتصويب

في شأن عبارة جاءت في الجزء السادس من الوسيط

في خصوص عقد الإيجار

جاء في الجزء السادس من الوسيط ، في الصفحات ٤٩٨ و ٤٩٩ و ٥٠٨ ، أن الأجرة التي يضمنها حق امتياز المؤجر يجوز أن تزيد على أجرة سنتين . والصحيح أن هذا هو حكم التقنين المدني القديم ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يجوز أن تزيد الأجرة التي يضمنها هذا الامتياز على أجرة سنتين ، كما هو صريح نص المادة ١١٤٣ من هذا التقنين .

العقود

الواردة على العمل

عقد المعاولة

(*) تقديم

١ - التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد - نص قانوني : أوردت

المادة ٦٤٦ من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتي :
« المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي
عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » (١)
ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

(*) مراجع في عقد المقاولة : جيوار في الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة ١٨٩١ -
بودري وفال في الإيجار الجزء الثاني (مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٧ - أوبري ورو
واسمان الجزء الخامس في البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٦ - بلانيول وريبير
ورواست الجزء الحادي عشر في العقود المدنية باريس سنة ١٩٥٤ - بيدان ١٢ الطبعة الثانية
باريس سنة ١٩٣٨ - دي پاچ ٤ الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ - بلانيون وريبير وبولانجييه
٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان ودي لاموراندير الطبعة العاشرة
سنة ١٩٤٨ - چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ - مازو في دروس القانون المدني ٣ سنة ١٩٦٠ -
أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Architecte سنة ١٩٥١ - ٢ لفظ Entreprise سنة ١٩٥٢ - ٣
لفظ Louage d'ouvrage سنة ١٩٥٣ .

Costes في التكييف القانوني لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ - Lagrave الجراف
في عقد المقاولة الخاص سنة ١٩٢١ - Minvielle في مهنة المهندس المعماري سنة ١٩٢١ ،
وفي ملاحظات في المسئولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة ١٩٣٣ ، وفي رخصة البناء
سنة ١٩٤٧ - Corberand في مسئولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ -
Delvaux في حقوق المهندس المعماري والتزاماته بروكسل سنة ١٩٣٠ - David في عقد
الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - Lepaulle في عقود البناء الصناعي سنة ١٩٣٨ .
محمد كامل مرسى في العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق
العامة) سنة ١٩٥٣ - محمد ليب شنب في شرح أحكام عقد المقاولة سنة ١٩٦٢ .
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق
مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٤ في المشروع النهائى . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٦ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٥ ص ٧ - ص ٨) .

١ - عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين (١)، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة :

٢ - يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين اثنين : الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المفاوض وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر.

٣ - انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم ، ولا يزالان مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي ، وهما عقد الإيجار وعقد العمل . فقد كان التقنين المدني القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم « الإيجار » ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع . ويرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين : الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء (locatio rerum) ، والثاني باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (locatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الروماني في ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به . واستند أنصار المذهب القردى إلى وجهة النظر هذه في اعتبارهم العمل سلعة تباع في الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً

ويقابل النص في التقنين المدني القديم م ٤٨٩/٤٠١ : إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٦٤ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٦٢٤ : وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف في مجملته يتفق مع تعريف التقنين المصري) .

(١) بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ - ١٩) .

لقانون العرض والطلب . ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة في نظر أنصار المذهب الاشتراكي ، فنادوا بأن العمل ليس بسلعة ، واستتبع هذا التغيير في الفكرة الاقتصادية تعديلا في الفكرة القانونية ، ففصلت التقنيات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض . وعلى هذا النهج سار التقنين المدني الجديد ، إذ جعل عقد الإيجار في الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم عقدي المقاولة والعمل في الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل^(١) .

فانفصل بذلك عقد المقاولة عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاه عن عقد الإيجار أمر بديهي ، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشيء ، أما المقاولة فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن ينفصل عقد المقاولة عن عقد العمل ، وإذا كان كل من العقدين يرد على العمل فإن عقد العمل يرد على العمل في ذاته أما المقاولة فتد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلي .

٢ — تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى : والخصائص التي ذكرناها

لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذي يرد على منفعة الشيء كما قدمنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته كما سبق القول . وكونه يرد على عمل مادي لا على تصرف قانوني يجعله يتميز عن عقد الوكالة الذي يرد على تصرف قانوني : وقد يكون هذا العمل المادي هو صنع شيء كما رأينا ، فحلل المقاولة هنا هو صنع الشيء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المقاولة عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بهذه العقود ذاتها ، أوبعقود أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلي .

٣ — تمييز المقاولة عن الإيجار — إمامة : قد تلتبس المقاولة بالإيجار

في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا هل

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٩ ص ٣٠ هامش ١ — الإيجار للمؤلف فقرة ١ .

يعتبر عقد مقاوله واقعاً على ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه للمستهلك ، أو هو عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل المياه ؟ قدمنا عند الكلام في الإيجار^(١) أن العقد مقاوله لا إيجار ، وهذا ما يذهب إليه رجال الفقه المدني ، أما رجال الفقه الإداري فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية ، بل هو مركز قانوني منظم (situstion réglementaire) ، وستعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في التزام المرافق العامة .

وإذا حجز شخص محلاً في أحد الملاعب ، فالعقد مقاوله تقع على ما يقوم به اللاعب من أسباب التسلية للجمهور ، وليس إيجاراً يقع على المحل الذي يحجزه ، وذلك لأن العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به اللاعب من عمل . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في عقد الإيجار^(٢) .

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقاوله ، بل هو عقد إيجار . وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أو فوق سطحه ، فإن التزم مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان فالعقد مقاوله ، وإن اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار ، وقد سبق ذكر ذلك كله في عقد الإيجار^(٣) .

٤ — تمييز المقاوله عن عقد العمل : ومن المهم التمييز بين عقد المقاوله

وعقد العمل . فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٠ - ص ١٢ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

العمل والفصل التعسفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ،
وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول (١) .

وقد ذهب رأى قديم (٢) إلى أن معيار التفرقة بين المقاول وعقد العمل
هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها ؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت —
كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أية وحدة أخرى من الزمن —
كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لا بحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج ،
كان العقد مقاول . فيكون مقاول العقد الذي يبرم مع الصانع على أن يأخذ
أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو
سباكاً أو غير ذلك . ويكون مقاول العقد الذي يبرم مع مقاول البناء على أن
يأخذ أجره مقدراً إجمالاً أو مقدراً بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، فيكون

(١) هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولاً عن العامل مسئولية المتبوع عن التابع ، ولا يكون
مسئولاً هذه المسئولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المخدم عن أعمال خادمه
لا تقوم على مجرد اختياره ، بل هي في الواقع قوامها علاقة التبعية التي تجعل للمخدوم أن يسيطر
على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فالملك المنزل
لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا العمل
(نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) . وقضت محكمة النقض
أيضاً بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون
أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاول ،
وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز
التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المقاول بما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلاً فعلياً في تنفيذه
عملية المقاول بتسييرها المقاول كما شامت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إبداء البيانات الكافية
لقيام المسئولية (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) .
والامتياز الذي يضمن أجر العامل غير الامتياز الذي يضمن أجر المقاول أو المهندس ولا يقوم
إلا في مقاولات البناء .

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهي ضريبة الأرباح
الصناعية والتجارية) .

انظر في النتائج المختلفة التي تترتب على تكييف العقد بأنه مقاول أو عقد عمل : بودري
وقال ٢ فقرة ٣٨٦٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٦٨ — كولان وكايتان ودي
لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٣ — محمد ليبب شنب فقرة ١٨ ص ٢٥ هامش ٢ .

(٢) تولييه ١٩ فقرة ٢٨٠ — ديرانتون ١٧ فقرة ٢٢٧ — بلانيول ٢ الطبعة الحادية
عشرة فقرة ١٨٢٧ وفقرة ١٨٩٩ — سيرفيل (Survills) ٢ فقرة ١١١٢ .

الأجر في المقاولة بحسب أهمية العمل الذي أنتجه المفاوض لا بحسب مقدار الوقت الذي أنفقه في الإنتاج . وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبناي ، حيث ينص في المادة ٢٢٤/٢ منه على أن « عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل » (١) .

ويعيب هذا الرأي أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهري ، فليس هناك فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionnel au temps) وآخر يأخذه بحسب القطعة (salaire aux pièces, salaire à la tâche) ، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس في الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفي الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف في طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل في جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه في العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره في الواقع من الأمر بحسب الوقت الذي يقضيه العامل العادي في إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخي العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه (٢) .

إذن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون

(١) وانظر في هذا المعنى نقض قرنسي ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢٨٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٠ - رواست وديران

الموجز فقرة ٢٦٤ - مارتيني في فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - هذا إلى أن العامل قد يساهم في أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذي أنتجه ، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودري وثال ٢ فقرة ٣٨٦٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouvrage et d'industrie فقرة ٥) . وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقاولة ما دام المفاوض لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فيحسب هذا الأجر بمقدار الأيام التي قضاه في إنجاز العمل (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouvrage et d'industrie فقرة ٧ ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية ٢٠ يولييه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ القسم الموجز ٢٢) .

معياراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأى الحديث^(١)، الذى يجرى عليه أكثر القضاء الفرنسى^(٢) ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء^(٣) ، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه^(٤) . فالذى يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية

(١) انظر فى رأى آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأى : بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ١٦٦ - ٩ أغسطس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٧٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٧١ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٤١١ - ٨ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٢٣ - ٦ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ - ١ - ٢٧٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٥ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ٤٤٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٢٥ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٧١٥ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٤١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٨٤ - ١٩ يولييه سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٤٧٣ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ١ - ١٤٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٢٨٩ .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ١٦٣٨ وفقرة ٣٨٦٥ - بيدان ١٢ فقرة ١٩ - فقرة ٢٠ - بيك الطبعة السادسة فقرة ٨٧٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٢ وفقرة ٩٠٧ - رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٦ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ - ١ هامش ١ - ٢ - مارتيني فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - دى باج ٤ فقرة ٨٤٥ ص ٨٥٨ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩١ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٤ - چوسران ٢ فقرة ١٣١٢ - مازو فقرة ١٣٣٢ ص ١١٠٠ - انسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤ - محمد حلمى مراد فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة ٢٠٥ ص ٢٢٦ - محمد جمال الدين زكى فى قانون العمل سنة ١٩٦٠ فقرة ٧١ ص ١١٢ - ص ١١٣ - أكم أمين الخولى فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ فقرة ٨٦ ص ١٣٦ - إسماعيل غانم فى قانون العمل سنة ١٩٦١ فقرة ٦٢ ص ١٢٠ - محمد لييب شنب فقرة ١٩ - فقرة ٢٠ .

(٤) وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله ، وذلك وفقاً لمؤدى المادة ٦٧٤ من القانون المدنى والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ .

المتبوع عن التابع . أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما ، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المفاوض يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل ، إذ لا يتمتع بالزايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل (١) .

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولاً ، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج . ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاول ، لأن الفنانين مهما كان الأمر في استقلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه (٢) . وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفي الذي يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفي يعمل تحت إدارة

(١) وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصفة التي اتخذها في هذا العقد ، أي صفة المقاول أم الأجير العادي (مصر الوطنية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٦٥) .

(٢) وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقد معه ، وإن كانت تبعية تنظيمية ، فهي كافية لقيام عقد العمل . وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا الأخير على نحو دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ، وذلك بتلقيه التوجيهات في زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت العبقرية الشخصية التي يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل ، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين ، وهي ما تكفي لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص ٣٩٩) .

صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا في موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاوله ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات في مواعيد منتظمة مادام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين في هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاوله ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب حملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا المعيار الأخير . فهو في تعريفه لعقد المقاوله (م ٦٤٦ مدني) لا يذكر شيئا عن الطريقة التي يوجب بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل « لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه في المادة ٦٧٤ مدني على الوجه الآتي : « عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته وإشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئا عن الطريقة التي يوجب بها العامل إذ لا أثر لها في تكييف العقد ، وإنما يذكر في صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل وإشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذي أخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز ما بين المقاوله وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً في الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدني ، إذ يقول : « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، وأو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب حملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم » (١) .

(١) هذا إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني كان يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يتميز عقد العمل عن عقد المقاوله بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن =

٥ — تمييز المفاوضة عن الوكالة : تتفق المفاوضة والوكالة في أن كلا منهما

عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المفاوض أو الوكيل لمصلحة الغير .
ولكن ما يختلفان في أن العمل في عقد المفاوضة هو عمل مادي (acte matériel) ،
أما العمل في عقد الوكالة فهو تصرف قانوني (acte juridique) . ويستتبع ذلك
أن المفاوض وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل
استقلالا ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً
عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .
وللتمييز بين المفاوضة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

(١) المفاوضة تكون دائماً مأجورة ، ومتى عين الأجر لا يملك القاضى
كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل

تطبيق القواعد العامة تغنى عنه . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا
النص ما يأتي : « يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدى العمل والمفاوضة ، فيجعل معيار
الفرقة مرتباً بمدى الحق لرب العمل في توجيه ما يؤدي له من خدمات ، أو على الأقل حقه في الإشراف
على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولى ، فهو معمول به
في إنجلترا منذ حكم القاضى *Crompton* في قضية *Sadler V. Henloc* . وقد حدده القاضى
Fletcher Moulton فقال : إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة
المقرر لرب العمل قوياً فعلاً ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام
القضاء الدولى في العمل سنة ١٩٢٩ إنجلترا ن ٢٤) . والقضاء الألماني يجرى أيضاً على هذا المعيار ،
ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل^١ (مجموعة القضاء الدولى
في العمل سنة ١٩٢٧ ألمانيا ن ٣ و ٢ - سنة ١٩٢٩ ألمانيا ن ٥ - سنة ١٩٣١ ألمانيا ن ١٦) ،
وكذلك القضاء الفرنسى (مجموعة القضاء الدولى في العمل سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٥ - سنة ١٩٣٣
فرنسا ن ١٨ - سنة ١٩٢٨ فرنسا ن ١٥ - سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٣ و ١٨ - سنة ١٩٣٠
فرنسا ن ١٣ - سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ٤٣ - سنة ١٩٣٥ - سنة ١٩٣٦ فرنسا ن ١٧) ، وقضاء
الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولى في العمل سنة ١٩٣٢ الولايات المتحدة ن ٢٢) ،
والقضاء الإيطالى (مجموعة أحكام القضاء الدولى في العمل سنة ١٩٢٨ إيطاليا ن ١٠ - سنة ١٩٢٩
إيطاليا ن ٢٠ - سنة ١٩٣٠ إيطاليا ن ٢٧ - سنة ١٩٣٢ إيطاليا ن ٢٦ - سنة ١٩٣٣ إيطاليا ن
٤٣) . وقد قرر التقنين السويسرى أساساً آخر للتمييز بين العقدين ، فذكر في المادة ٣١٩/٢
أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعاً للعمل المسلم ، مادام العامل
استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديداً من المعيار الوارد
بالمادة ، لكنه في الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقي بين العقدين « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥
ص ١٠٥ - ص ١٠٧ في الهامش) .

فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى يقضى بأن يكون للوكيل أجر ، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضى (م ٧٠٩ مدنى) .

(٢) لما كان المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعاً له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل فى كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفى هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

(٣) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التى يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل ، وإذا كان هذا الأخير مسئولاً مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢ مدنى) . أما الوكيل ، فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، ولا شىء منها ينصرف إلى الوكيل .

(٤) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة ٧١١ مدنى بأن « يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) .

(١) ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعه استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبي ، وإذا هلك الشىء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لاثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذى وردها (م ١/٦٦٥ مدنى) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذى يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م ٧١٠ مدنى) .

(٥) المقاول في الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه في أى وقت .

(٦) لا تنتهى المقاول بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل (١) .

وقد تلتبس المقاول بالوكالة ، وبخاصة في العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامى والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقاول أو عقود عمل . ذلك أن المقاول وعقد العمل يوصفان في القانون الفرنسى كما قدمنا بأنهما عقدا لإيجار العمل ، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وآثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقدا وكالة لا عقد مقاول (٢) . ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب

(١) انظر في هذه الفروق بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ١١١ - ويضيفون الفرق الآتى : المقاول تضى على المقاول صفة التاجر ، أما الوكالة فلا تضى هذه الصفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقاول مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة . وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (أ) إذا تعدد الوكلاء فأنوا مسئولين بالتضامن (م ٧٠٧ / ١ مدنى) ، أما إذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامين قبل المقاول إلا باتفاق خاص . (ج) للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨ / ٣ مدنى) ، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على الآخر فيما عدا أن المقاول من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون به رب العمل مديناً للمقاول الأصل (م ٦٦٢ / ١ مدنى) - انظر في ذلك بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٠٠ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ - محمد ليب شنب فقرة ٢٤ ص ٣٢ هامش ١ .

(٢) ويرجع الأمر في ذلك إلى تقاليد القانون الرومانى ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالاً حقيرة لا يزاؤها إلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلاً لإجارة أشخاص بل محلاً للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيراً ، وكانت الوكالة في القانون الرومانى لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة في القانون الرومانى لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرومانى لم يثبت على هذا النهج ، وانتهى الأمر بالتحايل

هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعماري للتصميمات والرسوم والمقاييسات ، كل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاوله أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين ، لاسيما بعد أن تميز عقد

= على أحكامه بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (*persecutio extraorainario*) لا عن طريق دعوى الوكالة (جوار سنة ١٩٢٤ ص ٦١٢ وما بعدها - مونييه سنة ١٩٤٨ ٢ فقرة ٣١ وما بعدها ص ١٧٤) . وقد تأثر الفقه الفرنسي في نهاية القرن الماضي بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٣٧١ مكررة ص ٣٨٨ - جيوار ٢ فقرة ٦٩٦ ص ٢٦٠) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامي ملزماً قبل عمله ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المحامي ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقل في مستوى العمل اليدوي ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا الرأي يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنتهم وما يكسبون من أجور في ممارستها ، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله . وقد أصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقداً ملزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة ٨٨٧/٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : « وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعار أو مع أحد ممثلي هؤلاء من الأشخاص الذين يزاوون مهنة حرة » . وتنص المادة ٦٢٤/٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبثاني على ما يأتي : « والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة بتقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك للعقود التي بموجبها يلتزم الأساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما ، تعد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل » .

(انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ وفقرة ٩٠٩ - بودري وقال في العقود الاحتمالية فقرة ٣٧٧ - فقرة ٣٧٩ - بيدان ١٢ فقرة ١٦٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ لفقرة ٣٠٢١ - جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من پواتييه سنة ١٩٤٧ - وانظر في القضاء الفرنسي نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٣ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٢٨٥ - ايون ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ٧٣) .

المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصيتين بهما ، فلم يعودا عقدي إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما في الماضي . وقد يدخل في عمل صاحب المهنة الحرة ، لاسيما المحامي والمهندس المعماري ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقاولة في وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقاولة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة في الغالب (١) إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً ، فهو إذن ليس بتصرف قانوني . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاولة الأخرى بخصائص أهمها : (١) الالتزام الذي يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة في علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، كتشديد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك . (٢) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المقاول في كثير من عقود المقاولة الأخرى فإنه لا ينهي المقاولة . وتنص المادة ٦٦٦ مدني في هذا الصدد على أن « ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينهي العقد من تلقاء نفسه » . ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، في حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن . (٣) العقد مع الطبيب غير لازم لأمن جهة المريض .

(١) ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم عل أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريد أو أصبح لا يثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاوله وتعتبره عقداً غير مسمى^(١) ، وأخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية^(٢) . على أنه ليس في هذه الخصائص شيء يتعارض مع طبيعة عقد المقاوله حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق . فعقد المقاوله كما يكوى محله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية . فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقاوله ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هي أن ينجح التلميذ في الامتحان ، ويستحق الأستاذ الأجر بنجاح التلميذ أو لم ينجح . والمحامي الذي يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها . وكذلك الطبيب يستحق الأجر شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزم ببذل عناية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقاوله . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقاوله ، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول في عقود المقاوله حتى أن المادة ٦٦٦ مدني واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة ١٦٦١/١ مدني على أنه « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . يبقى أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاوله . فالمريض في عقده مع الطبيب ، كرب العمل في المقاوله ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الطبيب

(١) جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ١٥ - تعليق فالسميني في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٣ - حسن زكي الأبراشي في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩٨ - إسماعيل غانم في عقد العمل سنة ١٩٦١ ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٣٩ - ١ - ١٧ مع تعليق بريتون .

عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل في المقابلة العادية بأنه لا يعرض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ١/٦٦٣ مدني) ، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفي إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحرية الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك ، فوجب أن تكون حرية الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل في التحلل من عقد المقابلة العادية . والطبيب كذلك في عقده مع المريض ، كالمقاول في عقد المقابلة ، له أن يرجع في العقد على أن يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل في عقد المقابلة العادية يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك ما لا يستطيعه المريض ، وهو حر في أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضي في العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك^(١) . ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقابلة ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه^(٢) .

أما العقد مع المحامي فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية . فالمحامي يقوم بعمل مادي عندما يقدم المشورة القانونية لعميله خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصالحه في مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة ، وعندما يحرر له العقود والمستندات . وهو في هذه

(١) انظر في هذا المعنى رينيه سافاتييه في القانون الطبي فقرة ٣٠٠ ص ٢٧١ - حسن زكي الأبراشي في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩١ - وديع فرج في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون الاقتصاد ١٢ ص ٤٣٠ - محمد ليب شنب فقرة ٣٢ .

(٢) بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ ص ٢١ وقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ - دي پاچ ٤ فقرة ٨٤٧ ص ٨٦٣ وقرة ٨٤٩ ص ٨٦٩ - كولان وكاييتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٥ - چوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ٦٧٥ - تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩ - ١ - ٢١٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٠ ص ٤٧٦ - أكرم أمين الخولي في عقد العمل فقرة ٨٨ ص ١٤٠ - محمد ليب شنب فقرة ٢٨ - فقرة ٣٤ - وانظر مصراتة الجزئية ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٩ رقم ٤٢٨ ص ٣٤٦ .

الأعمال يعتبر مقاولاً وتسرى عليه أحكام المفاوضة^(١) ، ما لم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة أو مؤسسة فيكون العقد الذى ينظم علاقته بالشركة أو المؤسسة هو عقد عمل^(٢) . والمحامى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عميله عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفعه فى الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل فى الأحكام التى تصدر ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عميله إقرار أو تنازل أو يوجه يمينا حاسمة أو يرد هذه اليمين . وهو فى هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلاً عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المفاوضة ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العصر الغالب فى أعمال المحامى وهو عنصر الوكالة^(٣) وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المفاوضة . فأجر المحامى عن أعماله المادية والقانونية مثلاً يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة (م ٢/٧٠٩ مدنى) .

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ - بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٥ - مازوفى دروس القانون المدنى ٣ فقرة ١٣٣٤ ص ١١٠٢ - كرميه فى مهنة المحاماة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ - محمد ليبب شنب فقرة ٣٥ - فقرة ٣٦ - نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٧٣ - إكس ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١١ - ٢ - ١٨٥ - باريس ١٩ يناير سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ - ١ - ٩٩ - السين ٦ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ - ٢ - ٣٥ .

ومن الفقهاء من يعتبر العقد هنا عقداً غير مسمى : چان سافاتييه فى رسالته فى المهنة الحرة ص ٢١٣ - ص ٢١٥ - إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) محمد ليبب شنب فقرة ٣٦ - ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامى متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد ليبب شنب فقرة ٣٦ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٥٨ المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص ٥٠) .

(٣) وكثيراً ما يخلف المشرع على المحامى صفة الوكيل ، وعلى عميله صفة الموكل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٣ و ٤٠ و ٤١ - تقنين المرافعات المواد ٨١ - ٨٩) .

المقاولة وأحكام الوكالة^(١) ، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة . ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعماري خاضعاً لتقدير القاضي^(٢) . وأهم الأعمال المادية التي يقوم بها المهندس المعماري هي وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقاييسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل ، وتسليم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازها . ويكون في هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل^(٣) ، ومن ثم تسري أحكام الوكالة كما سبق القول .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ - بيدان ١٢ فقرة ١٧٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٤ هامش ١ (٢) وهامش ٤١ (٣) - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٢ - فقرة ٦٣ - محمد ليبب شنب فقرة ٢٥ - فقرة ٢٧ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاولة لا وكالة (بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٦٩ - جلاسون في تعليقه في دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٩ - ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ١٩٨ - Fraissangea في مسئولية المهندس المعماري فقرة ٢٣ Corberand في مسئولية المهندس المعماري رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ٢٥ - فقرة ٢٧ - وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي ٢٥ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٢٨٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢ - مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٨٥٥ سنة ١٩٥٦ وشار إلى الحكم في إسماعيل غانم في عقد العمل ص ١١٦ هامش ١) - ويذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٩ - ١٠ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٦٧ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٧٧ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٥٧) .

(٢) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لا لأحكام الوكالة (محمد ليبب شنب فقرة ٣٧) .

(٣) ولا تفرض الوكالة في أعمال المهندس المعماري ، فالمرء لا يمكنه أن يتلقى تفويضاً من رب العمل في عمل معين فإنه لا يكون وكيله فيه ، ومن ثم إذا وفي المهندس المعماري المقاول قبلناً من النقود دون أن يكون مفوضاً في ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٧١ ص ٤٧٧ - نقض فرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٧٧ - ٢٠ يوليو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤١٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ٥ فبراير سنة ١٩٢٩) .

٦ — تمييز المقاول عن البائع : ويظهر لأول وهلة أن المقاول يتميز

بسهولة عن البائع ، فهي ترد على العمل والبائع يقع على الملكية . فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاول . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه « يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » . ولا شك فى أن العقد فى هذه الحالة — إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله — يتمحض عقد مقاول لا شبهة فيه^(١) . وإنما تقوم الشبهة فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى ، إذ تقول : « كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »^(٢) . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده ، وهذا ما يحصل فى الغالب . ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده . والرسام يقدم عادة القماش والمادة التى يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً . وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة . فهل يبقى العقد فى الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاول ، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعها ؟^(٣) .

(١) فىكون مقاول العقد الذى يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لا آخر على أن يورد هذا للمقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٨ — بيدان ١٢ فقرة ٧١٧ — أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٠ — نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ١٦ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ٤ مايو سنة ١٨٩٤ (جنائى) دالوز ٩٤ — ١ — ٥٧٢) .

(٢) ويسمى العقد بعقد الاستصناع (marché à façon) : انظر فى هذا العقد دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٢٢١ .

(٣) وللقول بأن العقد مقاول أو بيع شيء مستقبل أهمية عملية تتبين فى الوجوه الآتية :
(١) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاول ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعموض المقاول (م ٦٦٣ مدنى) ، أما البائع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين =

انقسمت الآراء في هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقاوله دائماً^(١) ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقاوله في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل ، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاوله ، إذ أن « تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المقاوله إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول^(٢) » . والقول بأن المقاوله تنتقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاوله يجعل للمقاوله طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل

= المنفردة . (ب) في البيع تسري الفوائد عن الثمن من يوم إعدار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ١/٤٥٨ مدني) ، أما في المقاوله فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ، أما في المقاوله فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدني) . (د) في البيع لا بد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلاً ، أما في المقاوله فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاوله باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م ٦٥٩ مدني) .

انظر في ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٧٠ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠ ص ١٥ هامش ١ . (١) وإلى هذا الرأي ذهب بعض أحكام القضاء في فرنسا ، مستندة إلى أن المادة ١٧٨٧ مدني فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الذي قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسرى فيما يلي أن هذه المادة تضمن مشروعها في إحدى مراحل التشريعية فقرتين أخريين ، تقضي فقرة منهما بأن العقد مقاوله إذا قدم المادة رب العمل ، وتقضي الفقرة لأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذي قدم المادة ، فحذفت هاتان الفقرتان ، وحذفهما في نظر أصحاب هذا الرأي دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاوله في الحالتين) : نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٣٢ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ مع تعليق بلانيول - أول أغسطس سنة ١٩٢٩ سيرييه - ١٩٣٠ - ١ - ١٧٥ - ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ٢٢٩ - نانسي أول يونيو سنة ١٩٢٦ جازيت دي باليه ١٩٢٦ - ١ - ٣٦٠ .

(٢) محمد ليبب شنب فقرة ١٥ .

ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنتقلها ، وهي إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر ، وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، وإلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشرع في نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المفاوض بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة (م ٦٤٧ / ٢ مدني) ، وأنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨) ، فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة في هذه الظروف ، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المفاوض هو الذي قدم المادة ، ويكون له بذلك دوران ، دور البائع الذي قدم المادة ، ودور المفاوض الذي قدم العمل .

ورأى ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل^(١) . وهذا الرأي

(١) وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء في فرنسا (لوران ٢٦ فقرة ٥ - بودري وثال ٢ فقرة ٣٨٧٢ - ليون كان ورينو ٥ فقرة ١٥٢ - هيك ١٠ فقرة ٦ - جيوار ٢ فقرة ٧٧٢ - ريبير في القانون البحري الطبعة الثالثة ١ فقرة ٣١٩) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي (نقض فرنسي ٢٢ يولييه سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ - ١ - ٣٠٣ - ٧ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٢٩ - السين التجارية ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ الموجز ٦) ، وبخاصة في عقد صنع السفن (نقض فرنسي ١٧ مايو سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٨ - ١ - ٩٧ - ١٠ يولييه سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ١٠٧ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٦٥) . ويستند هذا الرأي في فرنسا إلى أن المادة ١٧١١ مدني فرنسي تقضي بأن العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل . ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعاً . ويعزز أنصار هذا الرأي رأيهم بأن المادة ١٧٨٧ مدني فرنسي - وهي تشهد عن حالتين في الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفي الأخرى يقدمها الصانع - كانت تشتمل في مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجريان على الوجه الآتي : « ٢ - وفي الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمحض العقد مقاولة . ٣ - وفي الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فواضعو التقنين المدني الفرنسي إذن يكتفون من الناحية الفقهية العقد الذي يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبري ورو من عبارة « يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » أن العقد قبل صنع الشيء يكون مقاولة ، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبري ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . وسنعود للإشارة إلى هذا الرأي فيما يلي .

لا يدخل في الاعتبار أن المفاوض إنما تعاقد أصلاً على العمل ، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل . ولو كان المفاوض قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً ، لحاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل ، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد وكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولاً أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل^(١) . فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة ، كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه ، والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاول^(٢) . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع^(٣) . وهذا هو

(١) وهذا الرأي يستند إلى القاعدة التي تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولاً ، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً : بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٨ - الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٧ ص ٦٨ - عبد المنعم البدر اوى في البيع فقرة ٦٩ ص ١٠٣ - سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة ٢٤ ص ٢٩ - أنور سلطان في البيع فقرة ٢١ ص ٣١ - منصور مصطفى منصور في البيع والإيجار فقرة ١٢ ص ٢٤ - إسماعيل غانم ص ٣٦ - وقرب يوردي وقال ٢ فقرة ٣٨٧٤ .

(٢) عكس ذلك يوردي وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ .

(٣) وتنص المادة ٦٥٨/٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع » . - أما المفاوض الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولاً أياً كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل ، وإن كانت الأرض ملكاً للمفاوض فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ - الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١) .

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولاً ابتداءً وعقد بيع انتهاءً ، فهو مقاول قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (داثيد في عقود

الرأى الذى ذهبنا إليه عند الكلام فى البيع^(١) . ونزيده هنا إيضاحاً . فنقول إن الأمر ظاهر فى المثليين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة ، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل فى السيارة التى تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً . ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٢) .

= الاستصناع ص ٣٦ - جيوار ٢ فقرة ٧٧٣ ص ٣٤٢ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ - كوست فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ ص ١٠٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢) . على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأى يقرران مع ذلك أن عقد المقاولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاولة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المخوفة من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى - وهى التى تقول : « يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » - لا يجدى ، إذ المقصود أن البيع يقع على شيء عند تمام صنعه ، أى على شيء مستقبل (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٠ - ص ٣١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ - وقرب بيدان ١٢ فقرة ١٨١ - بلانيول فى تعليقه فى دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٣ ص ٤٧٩ .

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة أن الشيء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع ، فإذا استولت عليه الإدارة كان التعويض مستحقاً لرب العمل لا للصانع (باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٤ - ٩٩) . وإذا هلك الشيء المصنوع قبل التسليم فالحلاك على الصانع ، وذلك تطبيقاً أيضاً لأحكام البيع التى تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع ، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة إذ الهلاك على المفاوض قبل التسليم (م ١/٦٦٥ مدنى) : أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤ . ولكن الصانع يضمن العمل الذى أنجزه ضمان المفاوض ، وتسرى هنا أحكام المقاولة لا أحكام البيع . وهناك رأى يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً ، بل هو عقد غير مسمى (دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات =

٧ — تمييز المقاول عن الوديعة : المقاوله ترد على عمل يقوم به شخص.

لآخر ، أما الوديعة فتد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً . والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر (م ٧٢٤ مدني) ، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة دون أن ينبغي كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاوله فهي عقد من عقود المضاربة ينبغي الما قول من ورائها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هي مهنته التي يتعيش منها ، ومن ثم تكون المقاوله دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافئ ما يتعرض له الما قول من النفقات والتبعات والحسائر . ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودع عنده أخف عادة من مسئولية الما قول ، ولكل من المودع والمودع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل في مصلحة الطرف الآخر (م ٧٢٢ مدني) . أما المقاوله فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م ٦٦٣ مدني) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشبه بالمقاوله ، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو حفظ الشيء المودع ، لقاء أجر معلوم ، فتقرب الوديعة من المقاوله^(١) . ولكن المودع عنده ، حتى في الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا ينبغي الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، بخلاف الما قول . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاوله إلى حد بعيد ، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضارباً ينبغي الكسب ، وذلك كالمصرف الذي يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينة (location des coffres-forts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنه . وقد قدمنا عند الكلام في الإيجار^(٢) أنه حدث أخيراً تحول

= تمييزه عن غيره هو عقد الاستصناع ، ولكن ذلك لا يعني أنه عقد غير مسعى ، فاسمه معروف . وهو « عقد الاستصناع » ، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقاوله .

(١) بودري وقال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

فى الفقه والقضاء ، ورجح الرأى الذى يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهى ، حتى بهذا التكييف ، تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول .

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة . مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراح لإصلاحها ، فصاحب الجراح فى تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاولة ، وهو فى الوقت ذاته يحفظ السيارة فى الجراح المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسئوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاولة المادة التى يستخدمها هذا الأخير فى العمل ، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة إلى المادة التى قدمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام فى فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع فى هذه الحالة مع عقد المقاولة ، وتسرى على كل منهما أحكامه^(٢) . ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط ، وهى بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشيء الذى يعمل فيه المقاولة بعد تسلمه من رب العمل ، ويكون مسئولاً عن ضياعه باعتباره مقاوِلاً لا باعتباره مودعاً عنده ، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها^(٣) . وقد نصت المادة ٦٨٥ مدنى صراحة على هذا الالتزام بالحفظ فى عقد العمل ، فأوجبت على العامل : « .. (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله .. » . ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضاً فى ذمة المقاولة إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله . ومن ثم يكون العقد الذى يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولاً عن المحافظة على الحصان^(٤) . وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاولة من عمله ،

(١) ليون ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ مع تعليق تونك .

(٢) أورليان ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ - ٢٧٦ - باريس ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٩٩٥ - باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - ليون ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٣) تونك فى تعليقه فى دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ وهو التعليق السابق الإشارة إليه - ميلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

ودعا رب العمل إلى تسلم الشيء فلم يتسلمه ، وبقي الشيء في حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة ، وإذا كان العقد هو في الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات في جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلى مقاوله كتنظيف العربات وغسلها كل يوم^(١) .

٨ — تمييز المقاول عن الشركة : الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان

أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدني) : ونرى من ذلك أن الشريك قد تكرر حصته في رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلاً هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك ، فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة^(٢) . وهنا قد تلبس المقاول بالشركة ، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل « تصاريح الاستيراد » التي حصل لها عليها مبلغاً معيناً ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاوله ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجراً على ذلك^(٣) .

والذي يميز الشركة عن المقاول هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة ، وهذه النية هي نية تكوين الشركة (affectio societatis) أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة ، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل . ووجود نية تكوين الشركة

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٢) الوسيط ٥ فقرة ١٨٦ ص ٢٧٤ هامش ١ .

(٣) انظر في التمييز بين الشركة والمقاول بودري وفال ٢ فقرة ١٦٣٣ .

فيكون العقد شركة ، أو انعدام هذه النية فيكون العقد مقاوله ، مسألة واقع يستقل بتقديورها قاضى الموضوع (١) .

٩ - تنوع الأعمال التى تكون المحقارة : رأينا أن المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً . فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل ، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع ، فالمقاول يتعهد دائماً بأدية عمل . والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقاوله إلى أخرى اختلافاً بيناً ، ويتنوع تنوعاً كبيراً . ويمكن تقسيم الأعمال التى يؤديها المقاول من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه . ومن ناحية نوعه .

فمن ناحية طبيعة العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك (٢) . وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين . وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل ، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والحائك يخطط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل . وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدده ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة . فالأعمال التى تقدم بيانها فيها الكبير وفيها الصغير . فعمل النجار والحائك ، والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة . وتتدرج مع ذلك فى أهميتها . أما المقاولات الكبيرة ، فهى عادة تشييد المباني .

(١) الوسيط ٥ فقرة ١٥٩ ص ٢٢٢ .

(٢) وقد يكون العمل مادياً كنقل الأشخاص والطبع والنشر ، أو فنياً كالرسم والنحت . والنقش والتصوير والتمثيل ، أو علمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبياً كالتأليف والمحاضرة والتدريس .

والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة الحديثة والدخائر^٥ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٥ من هذا هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة . ٢ - ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه « مجرد تعداد »^(١) .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره ، فهناك مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة « المقاول » انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاوله منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء ، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى . وهناك التزام المرافق العامة ، وعقود الأشغال العامة ، وعقد النقل ، وعقد النشر ، وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها ، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحث القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات .

١٠ - التنظيم التشرىعى لعقد المقاوله : كان التقنين المدنى القديم ، كما

رأينا ، يدمج عقد المقاوله وعقد العمل فى عقد الإيجار ، ويسمى عقد الإيجار بإيجار الأشياء وعقد العمل بإجارة الأشخاص وعقد المقاوله بإجارة أرباب الصنائع . ففصل التقنين المدنى الجديد ما بين هذه العقود الثلاثة المتباينة ، وسمى « إجارة أرباب الصنائع » باسمها الجديد وهو عقد المقاوله ، للتدليل على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وكيف تعددت أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر .

وقد كان التقنين المدنى القديم يسير على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد ما بين مستصنع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ - ص ١٠ فى الهامش .

وصانع ، ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل . ولم يعد هذا الوضع يتمشى مع مقتضيات التطور ، فقد تعددت أشكال المقاوله وصورها في العمل ، ووجب أن يكون التنظيم التشريعي لهذا العقد متلائماً مع التطور الذي وصل إليه .

وقد قسم التقنين المدني الجديد النصوص المتعلقة بعقد المقاوله إلى قسمين . في القسم الأول أورد القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات ، ومنها مقاولات البناء . فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين المدني القديم ، وأضاف إليها أحكاماً جديدة . فبعد أن عرف المقاوله ، عرض لالتزامات المقاول في حالتي ما إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً أو تعهد بتقديم العمل فقط . وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسئولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وانتفاؤها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم . ثم عرض لالتزامات رب العمل ، في حالتي ما إذا أبرم عقد المقاوله بمقتضى مقياسه على أساس الوحدة أو أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول . وقرر للمهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقياسه ، وآخر عن إدارة الأعمال . ثم عرض بعد ذلك للمقاوله من الباطن ، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن ، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، وجعل للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى . ثم عرض أخيراً لانهاء المقاوله ، فأجاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت على أن يعرض المقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وجعل المقاوله تنتهى باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه ، وبهلاك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد .

وفي القسم الثاني أورد التقنين المدني الجديد القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات هو التزام المرافق العامة ، فنظم العلاقة التي تقوم بين ملتزم المرفق العام وعماله ، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، وجعل لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق^(١).

(١) وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« إن مجرد التغيير الذي تم في عنوان هذا الفصل ، وإبدال اسمه القديم - إيجار أهل الصنائع - باسم جديد هو عقد المقاوله ، لكاف في الدلالة على مدى التطور الذي لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية في الوقت الحاضر . فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية ، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل . ولذلك سارت المؤلفات القانونية قديماً على دراسة هذا العقد ملحقاً بعقد العمل . فترى مجموعة دالوز (بند ٥٩٨) تبدأ كلامها عن عقد المقاوله ، في الجزء الذي خصصته له من باب عقد العمل ، بهذه العبارة : « يتميز عقد المقاوله عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل ، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية » . ولهذا أيضاً نجد التقنين المصرى ، أهلياً ومختلطاً ، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل في باب واحد « إيجار الأشخاص وأهل الصنائع » - على أن هذه النظرية أصبحت لا تتماشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة ، فقد تعددت أشكال المقاوله وصورها في العمل ، ووجب أن يكون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة . نعم لقد حاول التقنين الحالى (السابق) ذلك في المواد ٤٠٧ - ٤١٠ / ٤٩٧ - ٥٠١ ، ولكن المحاولة لم تكن كافية ، وكان من الواجب أن يعرض المشروع ، علاوة على الأحكام العامة ، لبعض الصور الخاصة للمقاوله ، إذ كيف يمكن القول بأن العلاقة التي تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما هي بعينها التي تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل . - ويمتاز المشروع في تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة ، فهو بعد أن يعرف عقد المقاوله ويذكر صورته المختلفة مبيناً أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة (هذا التمييز حذف في لجنة المراجعة كما سبق القول) أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة ، يعرض للقواعد العامة التي تنطبق على كل أنواع المقاولات ، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات . على أنه يجب أن يلاحظ مبدئياً أن هذا التقسيم تقريبي لا محالة ، لأن الانتقال من المقاوله الصغيرة - وهى الصوره التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المقاوله الكبيرة إنما يتم بالتدرج . كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاوله ، ولذلك اكتفى المشروع بتخصيص صورته الجارية ، تاركاً للقاضي =

١١ — خطة البحث : ونبحث عقد المقاولة فى بابين :

الباب الأول فى المقاولة بوجه عام ، نورد فى الأحكام العامة التى تسرى على جميع المقاولات . فنبحث فى الفصل الأول أركان المقاولة ، وفى الفصل الثانى الآثار التى تترتب على المقاولة ، وفى الفصل الثالث انتهاء المقاولة ه . ثم نعرض فى الباب الثانى لبعض أنواع المقاولات . فنتكلم فى الفصل الأول فى التزام المرافق العامة ، ونبحث فى الفصل الثانى القواعد الخاصة التى تسرى على بعض مقاولات أخرى هى عقد النشر وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة وعقد النظارة .

= أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة - وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة ، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى (السابق) وأضاف إليها أحكاماً جديدة . وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات ، ولاسيما مقاولات المباني ، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى (السابق) من مسئولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشرينين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وارتفاعها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٥ - ص ٦) .

الباب الأول

المقاوله بوجه عام

الفصل الأول

أركان المقاوله

١٢ — تطبق القواعد العامة : أركان عقد المقاوله ، كالأركان في سائر العقود ، ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . ولا شيء يقال في السبب في خصوص عقد المقاوله ، ونحيل في ذلك إلى النظرية العامة في السبب في الجزء الأول من الوسيط . فيبقى التراضي والمحل . والمحل في عقد المقاوله مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقاوله ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي يدفعه للمقاول في مقابل هذا العمل .

فالكلام في أركان المقاوله يقتضى أن نعرض في الفرع الأول للكلام في التراضي ، وفي الفرع الثاني للكلام في المحل أى في العمل والأجر .

الفرع الأول

التراضي في المقاوله

١٣ — مبحثه : نبحث على التوالى : (١) شروط الانعقاد في التراضي .

(٢) شروط الصحة في التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٤ — توافق الإيجاب والقبول : يجب لانعقاد المفاوضة أن يتطابق

الإيجاب والقبول على عناصرها ، فيتم التراضي بين رب العمل والمفاوض على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المفاوض لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه . وقد رأينا أن المادة ٦٤٦ مدني ، وهي التي تعرف المفاوضة ، تذكر هذه العناصر صراحة إذ تقول : « المفاوضة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »^(١). ويكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد .

فيجوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمناً ، ولا يشترط شكل خاص لأن المفاوضة من عقود التراضي^(٢) كما سبق القول .

ويجب التراضي على ماهية العقد . فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهدده أن يبرم عقد مفاوضة فيتقاضى أجراً ، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون أجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر ، ولا عقد مفاوضة كما كان يعتقد المفاوض الأول .

ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته ، فيعين تعييناً كافياً على النحو الذي سنراه فيما يلي . فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شيء يقدم رب العمل مادته ، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذي ظنه الصانع ، فإن المفاوضة لا تنعقد لعدم التراضي على العمل المطلوب تأديته . ويجب التراضي على الأجر الذي يدفعه رب العمل للمفاوض . وسنرى عند الكلام في الأجر كيف يحدد . ويكفي هنا أن نذكر أن الأجر في عقد المفاوضة ،

(١) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٢) وتنص المادة ٦٢٥ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على أن « تتم العقود المبينة

في المادة السابقة (عقد المفاوضة، وعقد العمل) بمجرد تراضي الفريقين » .

كالأجرة في عقد الإيجار ، ليس من الضروري أن يعين في العقد . فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر ، لم تكن المقابلة باطلة لذلك ، ويتكفل القانون بتعيين الأجر . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الأجر .

وإذا كان التراضى يصح أن يكون ضمناً ، فليس معنى ذلك أنه يفترض ، بل يجب أن يكون موجوداً ، وعلى من يدعيه عبء إثباته . فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك ، وكان المهندس يأمل من وراء هذا أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه ، فإنه لا يجوز في هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً من رب العمل والمهندس على عمل التصميم ، حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلاً وأراد تنفيذه . ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم ، لأنه لا يوجد عقد مقابلة يلزمه بذلك^(١) . ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس ، كان للمهندس ، أن يرجع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله ، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء^(٢) .

١٥ — التصميم والمقايسة ودفتر الشروط : وعقد المقابلة ، وبخاصة

في عقود المقاولات الكبيرة كمقاولات البناء ، يكون مصحوباً عادة بما يأتى :
(١) التصميم (plan) الذى يجرى على مقتضاه العمل . (٢) المقايسة (devis) وهى بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التى تستخدم . (٣) دفتر الشروط (cahier des charges) ويشتمل على شروط المقابلة بالتفصيل ، وكيف يكون التنفيذ ، والمواعيد التى تتم فيها الأعمال

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٥ - ٥ - ٦٥٥ - ٨ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٣ - ٧٤ - ٢٥ يناير ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٣ - ١١ - ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٣ - ٥٩ - باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى-باليه ١٩١٢ - ٢ - ٢١٠ - بودرى وقال ٢٠ فقرة ٣٩٧٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٢ .
(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ .

المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها رب العمل في الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

وليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر ، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المقاولة وحده ، يتضمن عناصر العقد ، ويشتمل في الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغني عن التصميم ، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقايضة منفصلة ، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ العقد فيغني ذلك عن دفتر الشروط .

على أن عقد المقاولة ، قبل إبرامه ، قد تسبقه مقايضة يتقدم بها المقاول ، وتصميم يتقدم به المهندس . واتفاق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايضة لا يعني أنه ارتبط نهائياً بعقد مقاولة يقوم على هذه المقايضة ، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايضة ألا يقبل إبرام عقد المقاولة ، إما لأن المقايضة لا ترضيه ، وإما لأنه قد عدل عن المشروع الذي كان يعتزم تنفيذه ، وإما لغير ذلك من الأسباب (١) . بل هو لا يكون مسئولاً عن تعويض المقاول عما أنفقه من وقت وجهد في عمل المقايضة ما لم يتفق معه على غير ذلك ، إذ المفروض أن المقايضة عمل ابتدائي يمهد لإبرام عقد المقاولة ، دون أن يقيد رب العمل بإبرام العقد ، ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألا يبرم المقاولة (٢) . كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميمًا ، فوضع

(١) بيدان ١٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٠٢ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ - باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دي پاليه ١٩١٢ - ٢ - ٢١٠ ، ويقال في تقرير ذلك إن المقاول تاجر وإنه يدخل في حساب نفقاته العامة مصروفات المقايضات التي يقدمها ولا تنتهي إلى تعاقد ، وهذه النفقات العامة يراعيها في التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه (السين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٨٩) . ولكن إذا تعسف رب العمل فلم يبرم عقد المقاولة ثعنتا ، رجع عليه المقاول بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا التعسف . كذلك إذا رفض رب العمل التعاقد مع المقاول ، ولكنه استعمل المقايضة أو التصميم الذي قدمه المقاول ، فإن هذا الأخير يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (دلفو فقرة ١٣٦ ص ١٢٤ و فقرة ١٣٧ ص ١٢٤ - ص ١٢٥ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذي وضع المقايضة مهندساً معيارياً بالاتفاق مع صاحب العمل ، فإنه يستحق أجراً عليها سواء أبرم رب العمل المقاولة أو لم يبرمها (انظر م ٦٦٠ مدني - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص ١٥٨ - مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١) .

التصميم لا يقيد رب العمل ولا يلزمه بإبرام عقد المقاولة الذى يقوم على هذا التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجبه ، فقد يعدل عن المشروع الذى يعزم تنفيذه لأى سبب . ولكن التصميم فى ذاته عمل فنى ذو قيمة ، ويتكلف جهداً ووقتاً . بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم ، ويمهد لعقد المقاولة الأصلية^(١) . فإذا عدل رب العمل عن إبرام عقد المقاولة بعد وضع التصميم ، وجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذى وضعه ، وإذا كان هناك اتفاق على هذا الأجر وجب دفع الأجر المتفق عليه ، وإلا وجب تقدير الأجر وفقاً للعرف الجارى . وتقول المادة ١/٦٦٠ و ٢ مدنى فى هذا الصدد : « ١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ٢ - فإن لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى .

١٦ - التعاقد بطريقة المسابقة : فى كل ما قدمناه كنا نفرض أن رب العمل تعاقد مع المقاول عن طريق المساومة فاختر مقاولاً يثق فى كفايته وعهده . إليه فى تنفيذ العمل المطلوب . ولكن يقع كثيراً أن يعتمد رب العمل على إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة (concours) . والذى يوضع فى المسابقة إما أن أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب ، وإما أن يكون الأجر الذى يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة .

فى الحالة الأولى - وضع التصميم فى المسابقة - يدعو رب العمل عن طريق الإعلان فى الصحف أو بغير ذلك من طريق الإعلان كل من يريد الدخول فى المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب ، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً . فيعلن مثلاً عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبنى .

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ أبريل سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ٣ - ٨٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ١٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٣ - ١١٨ - البين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٨٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ١٠٩ - بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ - مازو ٣ فقرة ١٢٤٢ ص ١١١١ - ص ١١١٢ - محمد ليب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

على مساحة ألف متر ، ويعين الأرض التي تبنى عليها العمارة كما يذكر الشروط التي يتطلبها فيها ، أو وضع تصميم لبناء مدرسة أو مسرح أو مستشفى أو مصنع أو غير ذلك من المنشآت . ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها ، ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين . وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه ، بالشروط التي تكون قد ذكرت في دفتر الشروط^(١) . وقد يتحفظ رب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقالة مع الفائز من المتسابقين ، ولكنه في هذه الحالة يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهوده في وضع التصميم^(٢) . والمفروض أن رب العمل ، إذا لم يتحفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز ، يكون ملزماً بالتعاقد معه . ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً . ووجب أن يتصل به قبول رب العمل . ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد ، فعند ذلك يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته ، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة^(٣) . أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد ، وامتنع رب العمل عن التعاقد ، فإنه يجب أن يعرض الفائز تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه ، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التي تحملها وعن الكسب الذي فاته^(٤) . ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضى أن عقد المقولة قد تم^(٥) ، وعند ذلك إذا لم يقيم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدني ، فيعوض الما قول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه

(١) بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٨٤ - أنسيكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٣ .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٤) أما غير الفائز من المتسابقين فلا يستحق تعويضاً (استثناء مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٢) .

(٥) محمد ليبب شنب فقرة ٥٨ ص ٧٥ .

من الأعمال في وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذي وضع التصميم من أجله .

وفي الحالة الثانية - وضع الأجر في المسابقة - يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات وضمائم تدرج عادة في دفتر الشروط . والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques) ، يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية . والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً^(١) ، وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المفاوضة برسو المناقصة (م ٩٩ مدني) . وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) في مظاريف محتومة (enveloppes cachetées) ، وفي اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء^(٢) مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط^(٣) . وقد يحتفظ رب العمل بالحق في ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أي عطاء تقدم للمسابقة . وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين^(٤) . فإذا لم

(١) ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يعين مثلاً حداً أقصى للأجر . والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاؤه هو أقل العطاءات ، ولو كان يزيد على الحد الأقصى (السين ١٢ فبراير سنة ١٩٠٧ نجازيت دي تريبينو ٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٤) . وقد يجد رب العمل من مصطلحاته أن يعين حداً أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله كما لا يخفى ، ومن ثم إذا تقدم شخص بعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترس عليه المناقصة لم يكن له حق في الرجوع بشيء إلى رب العمل (محكمة صلح باريس ٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤١٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٥) .

(٢) وإذا لم يعين رب العمل حداً أقصى للأجر الذي يجوز أن ترسو به المناقصة ، لم يجز أن يرفض أقل عطاء مهما كان مرتفعاً (بودري وخال ٢ فقرة ٣٨٨٤ ص ١٠٨٠) .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي أول يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٥ - ٦٤٥ - ١٠ يولييه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٥ - ٦٨٩ - باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٥٩ - بلانيول وريبير وزواست ١١ فقرة ٩٢٢ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ .

(٤) باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - بلانيول وريبير وزواست ١١ فقرة ٩٢٢ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ ص ٧٦ .

يحتفظ بهذا الحق ، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول كما قدمنا . فإن لم يفعل ألزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملاً^(١) ، أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العيني ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في مسابقة التصميم .

١٧ — **الإثبات :** وعقد المقاوله يخضع للقواعد العامة المقررة في الإثبات . فيجوز إثباته بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ، إذا لم تزد قيمة الأجر على عشرة جنيهاً ، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٢) . وقد يجري العرف بعدم الإثبات بالكتابة ، كما هي الحال في العقد ما بين الطبيب والمريض^(٣) .

وقد يثبت العقد بالإقرار ، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة . فإذا

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٧٧٩ وفقرة ٨١٥ — بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٦ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٠ ص ١١١١ — فيجوز إثبات المقاوله ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، بالبيئة أو بالقرائن . وقد قضى بأن الكتاب الموقع من رب العمل إلى المجلس البلدى بطلب أرض لازمة لإقامة بناء عليها ، ويشير فيه رب العمل إلى أنه كلف مهندساً معمارياً بوضع التصميم ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحيز للمهندس إثبات التعاقد مع رب العمل بالبيئة والقرائن (الجزائر ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٠٤) . أما إذا لم يوقع رب العمل هذا الكتاب ، فلا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (السين ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ - ٢٠ - وانظر محمد لبيب شلب فقرة ٦٤ ص ٨٢ - ص ٨٣) .

وكذلك تسرى القواعد العامة في إثبات الوفاء بالأجر أو بقسط منه (أنسيكلوبيدى دالوز ٣

لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٦ .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ — ويعتبر عرف ماجرى به بعض المهن من قبيل الموانع الأدبية التي تجيز الإثبات بالبيئة والقرائن (الوسيط ٢ فقرة ٢٣٩ ص ٤٦٥) . فيجوز للطبيب أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبيئة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة ، ولو زاد الأجر على عشرة جنيهاً (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ - باريس ٥ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٣٢) . وجرى العرف في مقاولات الحياكة ألا تؤخذ كتابة على العميل أو على الحائك ، فتسرى القواعد المتقدمة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨) . وقد تقوم القرابة مانعاً أدبياً ، كالمهندس يتعاقد مع أحد أقربائه أو مع زوجته ، أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا يعتبر مانعاً أدبياً (كولمار ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ - ٢٧٥ - محمد لبيب شلب فقرة ٦٤ ص ٨٤) .

أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر في إقراره أنه دفع الأجر ، فإنه لا يصح أن يجزأ لإقراره عليه ، وعلى المَقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع (١) .

أما إثبات أن المَقاول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة ، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال (٢) .

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة ، وهي حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمَقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المَقاول على أجره ، ولا يجوز أن يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة ما لم يكن العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م ٦٥٨ مدني) . وسيأتي بيان ذلك فيما يلي (٣) .

وإذا كان عقد المقاولة تجارياً ، فإنه يجوز طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن إثباته بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن ، ولو زادت قيمة الأجر على عشرة جنيهات . وننتقل إلى بيان متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً .

١٨ — متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً : هنا يجب التمييز بين عقد المقاولة من جانب رب العمل وهذا العقد من جانب المَقاول . فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون في العادة عقداً مدنياً (٤) . ذلك أن رب العمل يكون غالباً غير تاجر . فإذا تعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث ، أو مع حائك لصنع ثوب ، أو مع مَقاول لبناء منزل (٥) ، فالعقد

(١) بودري وقال ٢٢٢ فقرة ٣٨٨٨ — أنسيكلويدي داللو ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٨ .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٨٧ .

(٣) انظر فقرة ٩٩ وما بعدها .

(٤) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ .

(٥) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ و فقرة ٨٣١ — هيك ١٠ فقرة ٤١٨ — ليون كان ورينو ١

فقرة ١٣٧ مكررة — تالير فقرة ١٨ — بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ . وقد قضت محكمة النقض =

مدنى بالنسبة إلى رب العمل ، سواء ورد المادة من عنده أو وردها المقاول :
 وإذا تعاقد شخص مع طبيب لعلاج ، أو مع محام للدفاع عنه في قضية ، أو مع
 مهندس لوضع تصميم ، أو مع محاسب لمراجعة حساباته ، فالعقد أيضاً بالنسبة
 إلى رب العمل مدنى . وإذا كان رب العمل تاجراً ولكن المقاول لم تتعلق
 بشوئ ن تجارته ، كأن تعاقد مع نجار أوحائك أو مقاول على صنع أثاث أو ثوب
 أو بناء منزل ولكن لحاجاته الخاصة لا لأعمال تجارته ، أو تعاقد مع طبيب
 لعلاج أو مع محام للدفاع عنه في قضية مدنية خاصة به ، فالعقد يكون هنا
 أيضاً مدنياً بالنسبة إليه بالرغم من أنه تاجر . فإذا كان رب العمل التاجر أبرم
 المقاول متعلقة بشأن من شئون تجارته ، كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له
 أو لترميم محل تجارته أو لإصلاح آلة يستعملها في صناعته ، أو نشر إعلاناً
 تجارياً^(١) ، فإن عقد المقاول يكون بالنسبة إليه في هذه الحالة عقداً تجارياً
 طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة^(٢) . ويترتب على أن يكون عقد المقاول
 تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة الأجر
 أكثر من عشرة جنيهات ، وأن القضية التي ترفع ضده في شأن هذا العقد ترفع
 أمام المحاكم التجارية .

وعقد المقاول من جانب المقاول يكون تارة مدنياً وتارة تجارياً . فهو
 مدنى إذا لم يعتبر عملاً من أعمال التجارة . وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالاً

= بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذن في إجراء أعمال
 زائدة على المتفق عليه في عقد المقاول ، لأن المقاول لا تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء
 حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤
 وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(١) أو كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلاً ، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث لبيعه ،
 فإن عقد المقاول يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٩
 ص ١١٨٥) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٥ - هيك ١٠ فقرة ٤١٨ - ليون كان ورينو ١ فقرة ١٧١ -
 تالير فقرة ٥٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ - محمد صالح في القانون التجارى طبعة سابعة
 سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٣٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٣ - ولكن إذا تعاقد شخص مع
 مقاول هل إقامة بناء وهو ينوى بعد أن يتم البناء أن يبيعه ابتغاء الكسب ، فإن العقد لا يكون
 تجارياً بالنسبة إلى رب العمل ، لأن التعامل في العقارات لا يعتبر عملاً من أعمال التجارة (بودرى
 وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ - مكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨١٥) .

مدنية^(١) ، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض لعلاجيه ، والمحامي إذا تعاقد مع عميله للدفاع عنه ، والمهندس إذا تعاقد مع شخص لوضع تصميم يريد هذا الأخير ، والرسام أو النحات إذا تعاقد مع عميل لعمل صورة أو لصنع تمثال ، فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون عقداً مدنياً حتى من جانب المقاول وهو صاحب المهنة الحرة ، وقد رأينا أنه يعتبر أيضاً مدنياً من جانب رب العمل^(٢) . على أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه ، كالمهندس يضع التصميم والمقايضة ويشرف على العمل ويقوم هو نفسه بأعمال البناء فيورد المواد والآلات ويقدم العمال اللازمين ، ففي مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس^(٣) . ويكون عقد المقاوله تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملاً من أعمال التجارة . فالنجار أو الحائك إذا تعاقد على صنع أثاث أو ثوب ، سواء ورد المادة من عنده أو لم يوردها ، هو تاجر يقوم بعمل من أعمال التجارة ، والعقد الذي يبرمه يكون عقداً تجارياً بالنسبة إليه^(٤) . وصاحب المحلج يحلج القطن ، وصاحب المعصر بعصر البذرة ، وصاحب المطحن يطحن الحبوب ، وصاحب المصنع يصالح السيارة ، وصاحب المصبغة يصبغ الملابس ، كل هؤلاء تجار يقومون بأعمال تجارية ، والعقود التي يبرمونها في هذا الشأن تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم^(٥) . وأصحاب دور

(١) حتى لو كان أصحاب المهن الحرة يقومون بأعمالهم على سبيل التكرار وبمعاونة مساعدين مأجورين ، ذلك لأن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، ومن ثم فقصده الربح من هذه الأعمال ليس هو العنصر الغالب (جان سافاتييه رسالته في المهن الحرة ص ١٨٩ - أكرم أمين الحولي الوسيط في القانون التجاري طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ١١٤ ص ١٢٩ - محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٢) إلا إذا كان رب العمل احتراف التجارة ، وقصد إعادة بيع النتائج الفني كلوح التصوير والتماثيل (محسن شفيق في القانون التجاري طبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٥١ ص ٥٥ - محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٣) جان سافاتييه رسالته في المهن الحرة ص ١٩١ - محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤ - ص ٥٥ .

(٤) محمد صالح في القانون التجاري طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٥٥ ص ٥٥ - محسن شفيق في القانون التجاري طبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٧٩ ص ٧٨ - محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

(٥) مصطفى كمال طه في القانون التجاري طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٣ ص ١٠٤ - محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص ، كل هؤلاء عندما يتعاقدون مع عملائهم يبرمون عقود مقاواة تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم ، وهي عقود مدنية بالنسبة إلى العملاء^(١) . والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع ، أو على ترميم منزل ، أو على إنشاء طريق أو جسر ، أو على حفر ترعة ، أو مصرف ، أو على مد سكة حديدية ، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات ، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أو وردها رب العمل^(٢) . ويترتب على أن العقد يكون تجارياً بالنسبة إلى المقاول أنه يجوز إثباته عليه بجميع الطرق ولو كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات ، وأنه إذا رفعت قضية ضده في شأن هذا العقد كانت القضية من اختصاص المحاكم التجارية^(٣) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

١٩ — الأهلية وعيوب الإدارة : شروط صحة المقاولة هي شروط

- (١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٦ - مصطفى كمال طه في القانون التجاري طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٩ ص ١١٤ - أكثم أمين الخول في القانون التجاري سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠٢ ص ١١٠ - محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ .
- (٢) الزقازيق ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٩٨ ص ١٦١ - طنطا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٦ ص ١١٧ - نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٤٦ - مصطفى كمال طه في القانون التجاري طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٨٠ ص ١١٦ - أكثم أمين الخول في القانون التجاري سنة ١٩٥٦ فقرة ٩٨ ص ١٠٤ - محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ - انظر عكس ذلك وأن العقد يكون مدنياً إذا لم يورد المقاول مواد البناء من عنده بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥ - محسن شنيق في القانون التجاري طبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٨٢ ص ٨٣ .
- (٣) هذا من ناحية الاختصاص النوعي . والمقاولة - سواء كانت عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً - تكون من ناحية الاختصاص المحلي من اختصاص المحكمة التي في دائرتها أبرمت المقاولة أو نفذت متى كان فيها موطن المدعى ، كما تكون من اختصاص المحكمة التي في دائرتها موطن المدعى عليه . وتنص المادة ٦٣ مرافعات على أنه « في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع ، يكون الاختصاص للمحكمة التي في دائرتها ثم الاتفاق أو نفذ متى كان فيها موطن أحد الخصوم » .

صحة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضى من عيوب الإرادة؛ فإذا كان التراضى صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإرادة ، كانت المفاوضة قابلة للإبطال ، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن ، ويصفى المركز بين رب العمل والمفاوض طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .
ونتكلم فى المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة : (١) الأهلية فى المفاوضة . (٢) عيوب الرضاء فى المفاوضة .

المطلب الأول

الأهلية فى المفاوضة

٢٠ — المفاوضة من عقود التصرف أوهى فى حكمها : المفاوضة عقد يلتزم رب العمل بدفع الأجر ، فهى من هذه الناحية من عقود التصرف . وهى تلزم المفاوض بتقديم عمله وبتقديم المادة التى يستخدمها أو بتقديم عمله فقط ، وهى حتى فى هذه الحالة الأخيرة تكون فى حكم عقود التصرف . ونستعرض ذلك من ناحية أهلية رب العمل ، ثم من ناحية أهلية المفاوض .

٢١ — أهلية رب العمل : رب العمل يلتزم بدفع الأجرة ، فتكون المفاوضة بالنسبة إليه من أعمال التصرف . فيجب إذن أن يتوافر رب العمل على أهلية التصرف ، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه . فالقاصر أو المحجور لفسه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة ، ليس أهلاً لإبرام عقد المفاوضة بصفته رب عمل ، وإذا أبرم العقد كانت المفاوضة قابلة للإبطال لمصلحته . ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المفاوضة باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا ، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر فى بناء عمارة مثلاً وجب أن يحصل على إذن من المحكمة فى ذلك .

ولكن قد تكون المفاوضة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة ، كما رأينا فى الاستئجار من جانب المستأجر (١) . فالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المفاوض لترميم منزله (٢) ، والعقد الذى يبرمه مع نجار

(١) الوسيط ٦ فقرة ٨٧ .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٩١ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨١ .

أو حائك لصنع الأثاث الضروري لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه ، كل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفي فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة . ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له في الإدارة أن يبرم عقد المقاول في هذه الأعمال بصفته رب عمل ، كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن . وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء^(١) .

ولكن صنع شيء جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية ، كل هذا لا يعتبر من أعمال الإدارة بل هو من أعمال التصرف ، فلا يملكه إلا البالغ الرشيد ، ولا يملكه القاصر أو المحجور ، وكذلك لا يملكه نائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن^(٢) كما سبق القول .

٢٢ — أهلية المقاول : والمقاول من جانب المقاول تعتبر أيضاً في حكم أعمال التصرف ، فهو إذا التزم بتقديم المادة مع العمل ، فإنه يتصرف في المادة ويكون بمثابة البائع لها . وحى لو التزم بتقديم العمل وحده دون المادة ، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة ، وقد يصبح مسئولاً بموجب عقد المقاول عن تعويض رب العمل عما يلحقه به من أضرار . فتعاqude إذن يدور بين النفع والضرر . ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في المقاول ، هو أيضاً ، أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً . فإذا كان قاصراً أو محجوراً لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له في الإدارة ، لم يجوز له أن يبرم عقد مقاول ، وإذا فعل كان العقد قابلاً للإبطال لمصاحته^(٣) .

على أنه إذا كان المقاول صانعاً صغيراً ، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نجو ذلك ، فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صناعته حتى لو كان

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٩٢ .

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨٢ .

(٥) انظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٢ - وتنص المادة ٦٢٦ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على ما يأتي : « ولا يكون هذا التراضي صحيحاً إلا إذا كان المتعاقدون أقبالاً للالتزام . أما المحجور والقاصر فيلزمهما أن يعملتا تحت إشراف الذين وضعتا تحت ولايتهما فأر أن يحصلتا على إجازة منهما » .

قاصراً ، فيكون أهلاً لإبرام عقود المقاولة المألوقة الداخلة في صناعته^(١).
 ويقرب من الأهلية الواجب توافرها في المقاول^(٢) ما جاء في قرار رئيس
 الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ الصادر في ٢٠ يولييه سنة ١٩٦١ والمعدل
 بقرار صدر في سنة ١٩٦٢ . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على
 أنه « لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة
 والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس
 المال ، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التي
 تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس المال .
 ولايسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التي لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠٠ جنيه
 (كانت القيمة ٣٠٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة
 العمليات ، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد
 في السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل
 سنة ١٩٦٢) سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة
 في الفقرة الأولى . »

(١) ويقاس عقد المقاولة على عقد العمل الذي ورد في شأنه نص صريح ، إذ تقضى المادة ٦٢
 من قانون الولاية على المال بأن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون ، وللحكمة
 بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى
 ظاهرة » . والأجر الذي يتقاضاه القاصر ، يكون هذا أهلاً للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة ،
 تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، وهي تنص على أن « يكون القاصر الذي
 بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر
 التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت
 المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية
 والوصاية » . وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة ، ينحصر له من أجره ما يلزم لأغراض
 نفقته ولو كان الأجر كله ، فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ من قانون
 الولاية على المال ، وهي تنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه
 عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » .

(٢) وإن كان ليس من أهلية الأداء ولا من أهلية الوجوب (قارن محمد إيب شنب
 فقرة ٦٠ ص ٧٨ و ص ٧٩) ، بل هو منع من التعامل بموجب نص تشريعي ، كمنع عمان القضاء
 من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا في حدود معينة (انظر
 في هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٤٧) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك مقاولات وأشغالا عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولا فيها إلا الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها . فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها ، كل هؤلاء - وتمكن تسميتهم بمقاولي القطاع الخاص - ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين في مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية .

بقي استعراض الشروط الواجب توافرها في المقاولات حتى يقوم هذا المنع ، وهي شرطان : (١) شرط يرجع إلى رب العمل ، وهو أن يكون رب العمل في هذه المقاولات هو الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال . فهذه مقاولات للمصلحة العامة دخل ظاهر فيها ، إذ هي مقاولات للحكومة أو لشخص معنوي عام أو في القليل لشركة تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة كبيرة تبلغ ٢٥٪ من رأس المال على الأقل . (٢) وشرط يرجع إلى قيمة المقاول ، وهو أن تكون هذه القيمة تزيد على ١٠٠٠٠٠٠ جنية . فإذا كانت المقاول لا تزيد على ١٠٠٠٠٠٠ جنية فالمنع لا يقوم ، ويستطيع مقاولو القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية . وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاول تزيد على ١٠٠٠٠٠٠ جنية ولكنها مقاول لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو لمؤسسة عامة ٢٥٪ من أسهمها) ، وإنما يقوم المنع إذا اجتمع الشرطان معاً كما سبق القول . ويلاحظ بالنسبة إلى القيمة أمران : (الأمر الأول) أن تكون قيمة المقاول جميعها حتى لا يقوم المنع لا تزيد على ١٠٠٠٠٠٠ جنية ، فإن زادت قام المنع حتى لو جزئت المقاول إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على ١٠٠٠٠٠٠ جنية وعهد بها جميعاً إلى مقاول واحد ، فإن ذلك يكون تحايلاً على القانون ، وتكون العبرة بمجموع قيمة المقاول لا بقيمة كل جزء منها ، فيقوم المنع . (الأمر الثاني) ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات في السنة الواحدة ، حتى لا يقوم المنع ، على ما قيمته ١٠٠٠٠٠٠ جنية ، سواء

عهد إليه بهامن جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإن دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولاً في مقاولتين للحكومة ، أو في مقابلة للحكومة ومقابلة لمؤسسة عامة ، أو في مقاولتين لمؤسسة عامة ، أو في مقاولتين لشركة مختلطة ، أو في أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، ووجب الحصول على قرار من رئيس الجمهورية . وفي حساب مجموع هذه المقاولات ، تدخل كل مقابلة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت . فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقابلة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته ٥٠٠٠٠ جنيه فيكون مجموع قيمة المقابلة ١٠٠٠٠٠ جنيه^(١) ، وحصل في السنة نفسها على مقابلة من شركة مختلطة قيمتها ٢٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . ولكن يجوز أن يعهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقابلة قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه ولا يتمها في السنة التي حصل فيها عليها ، ثم يعهد إليه في السنة التالية بمقابلة أخرى قيمتها ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، فينفذ في هذه السنة التالية عمليات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، المقابلة الجديدة وبقية المقابلة القديمة . إذ المحذور هو أن يبرم المقاول في السنة الواحدة مقاولات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، لا أن ينفذ مقاولات تزيد على هذه القيمة^(٢) .

والمنع ليس مطلقاً ؛ إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية . فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار ، كانت المقابلة التي زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للقانون . فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقابلة قيمتها ٧٠ ٠٠٠ جنيه ، ثم عهد إليه في السنة نفسها بمقابلة قيمتها ٥٠ ٠٠٠ جنيه ، كانت المقابلة الثانية دون الأولى هي الباطلة .

(١) ويكفي أن يعهد إليه بالجزئين في نفس السنة ، حتى لو أنه كان ينفذ كل جزء في سنة على حدة .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٩ .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في المقاولة

٢٣ — تطبيق القواعد العامة : يكون الرضاء في عقد المقاولة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وعقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود في عيوب الرضاء .

على أن الغلط في عقد المقاولة له تطبيقات عمالية لا تخلو من الأهمية ، لاسيما الغلط في شخص المفاوض أو الغلط في الحساب .

٢٤ — الغلط في شخص المفاوض : الأصل أن الغلط في شخص المفاوض لا تأثير له في صحة العقد . ولكن قد يكون شخص المفاوض ملحوظاً ومحل اعتبار عند رب العمل . ويقع ذلك عادة في عقود المهن الحرة ، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معماري أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء . وفي غير المهن الحرة قد يكون لشخصية المفاوض اعتبار في التعاقد ، ففي مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلاً يتوخى رب العمل مقاولاً موثقاً به يعتمد على كفايته وأمانته . وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية المفاوض محل اعتبار ، فنصت المادة ١/٦٦١ مدني على أن « يجوز للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن ، إذا لم يمنعه ذلك شرط في العقد ، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية » . ونصت المادة ٦٦٦ مدني في صدرها على أن « ينقضي عقد المقاولة بموت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد » .

ففي الحالات التي يكون فيها شخص المفاوض محل اعتبار في العقد ، يكون الغلط فيه سبباً لقابلية عقد المقاولة للإبطال . فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين بالذات ، فظهر أنه غلط في شخصه وأنه جراح آخر ، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط .

٢٥ — الغلط في الحساب وغلطات القلم : تنص المادة ١٢٣ مدني على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فالغلط في الحساب يقع في بعض الأحيان في عقد المقاولة . ففي المقايسة التي يقدمها المقاول وهي تشتمل على تفصيل المواد وأجزاء العمل والأسعار كما قدمنا ، قد يغلط المقاول في حساب بعض من ذلك ، كأن يذكر مثلاً سعر المتر المكعب في إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار الكعبة ، وعندما يضرب سعر المتر في عدد الأمتار يغلط في الحساب إلى أعلى لمصلحته أو إلى أدنى لمصلحة رب العمل . ففي الحالتين تكون المقاولة صحيحة ، وإنما يصحح الحساب ، فيخفض أو يرفع إلى الرقم الصحيح .

وقد يقع في المقايسة غلطة القلم ، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى مغلوطاً ، ففي هذه الحالة يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح (١) .

(١) أما طلب إعادة عمل حساب المقاولة من جديد ، بعد عمل المقاس والحساب النهائي واعتماد كل ذلك ، فلا يجوز . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة إلى أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقاولة بعد إتمامها مادام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسؤولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسي ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول التمانون التي تمنع تقاضي الالتزام مرتين (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) .

وإذا اعتمد المقاس والحساب ، ولم يقع في ذلك غلط مادي ، فلا يجوز الطعن في الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطل للعقد . وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ مدني (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين في مقابلة من المقاولات متى كانت في حقيقتها ليست سوى دعوة لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد . ولكن دعوى وقوع هذا الغلط في مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التي قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية . أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية ، بل هي منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة في حل من عدم قبول تحقيقها . ثم إن معنى الغلط في دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضي حتماً أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشيء المرضي عنه ، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى . فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكره على التوقيع ، وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلقة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع في شيء من الحساب ، بل هو مرتبط به تمام =

الفرع الثاني

المحل في المقاولة

٢٦ — مبحثه : قدمنا أن المحل في عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي تعهد بدفعه للمقاول . فتكلم ، في مبحثين متتاليين ، في العمل والأجر .

المبحث الأول

العمل في المقاولة

٢٧ — تطبيق القواعد العامة : لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن في المقاولة ، فوجب تطبيق القواعد العامة ، سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العمل أو فيما يتعلق بأنواع العمل .

٢٨ — الشروط الواجب توافرها في العمل : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هي أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً (١) .

فيجب أولاً أن يكون العمل ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقد نصت المادة ١٣٢ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، كان العقد باطلاً » . والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون العمل مستحيلاً في ذاته ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب . فقد يلتزم المقاول بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه ، ففي هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد

= الارتباط ، ودعواه غير جائزة السماع (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١٤ .

المقاولة ، ويكون المقاول مسئولاً عن التعويض . أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو كما إذا تعهد كيميائي أن يستخلص من معادن خسيصة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد اختل شرط الإمكان في العمل ، وكانت المقاولة باطلة . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي أنها ترجع لا إلى طبيعة العمل بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام يرفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض^(١) . وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمناه ، تمنع من انعقاد المقاولة لاختلال شرط من شروط الحل^(٢) .

ويجب ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين . فيكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً ، بحيث ينعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض . فإذا كان التعاقد على عملية جراحية ، ذكر نوع العملية وأصول الطب كفيلة بتعيين العملية بعد ذكر نوعها . وإذا كان التعاقد على ترميمات ، ذكر الشيء الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها ، وإذا لم تذكر كان الواجب القيام بجميع الترميمات التي يحتاج إليها الشيء . وإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له (plans) وهي الرسوم التي يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائي (avant projet) ورسوم نهائية تفصيلية . ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges) ، لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة (devis) ، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية (devis descriptif) ، وتبين كذلك ثمن المواد كل نوع على حدة وهذه هي المقايسة التقديرية (devis estimatif) . ويغني عن المقايسة التقديرية قائمة .

(١) هذا إذا اعتبرنا التعاقد مع المحامي مقاولة لا وكالة ، والواقع أن التعاقد مع المحامي مزيج من المقاولة والوكالة وعنصر الوكالة هو الغالب كما قدمنا (انظر آتفاً فقرة هـ في آخرها) . وسنورد في الوكالة (انظر ما يلي فقرة ٢٣٢) نفس هذه الأمثلة لاستحالة الحل ، على اعتبار أن التعاقد مع المحامي وكالة جرياً على عنصر الغالب .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٠ .

بالأثمان (bordereaux des prix) تبين الأثمان بالتفصيل ، بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة في المقياسة الوصفية . وهذه الوثائق الثلاث — التصميمات ودفتر الشروط والمقايسة — تلحق بعقد المقاولة ذاته ، وهو الذى يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره ، كما يشتمل على شروط التنفيذ من مدة وجزاءات وأقساط موقتة وتسوية نهائية واختصاص فى حالة النزاع أو قبول للتحكيم وغير ذلك من الشروط التى يتفق عليها المتعاقدان (١) . وإذا لم يكن العمل معيناً على النحو السالف الذكر ، وجب أن يكون على الأقل قابلاً للتعين . فيصح التعاقد على بناء مدرسة تشتمل على كذا فصلاً ، ويسع كل فصل كذا تلميذاً مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة . كما يصح الاتفاق على بناء مستشفى يشتمل على كذا سريراً ، وكذا حجرة ، مع المرافق اللازمة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمسارح والمطاعم والفنادق والمنازل الشعبية ، وما إلى ذلك من الأعمال التى تحتوى على عناصر تقديرها بحيث تكون قابلة للتعين (٢) .

ويجب ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً . فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب ، كانت المقاولة باطلة . فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار ، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب

(١) فتحي غيث فى قانون المهندس سنة ١٩٦٠ ص ٤٩ - ص ١١٢ - محمد لييب شنب. فقرة ٤٩ - وهذه الوثائق يكمل بعضها بعضاً . فإذا وجد خلاف بينها ، وجب التوفيق ، فإن تعذر ، وكان الخلاف بين دفتر الشروط والمقايسة التقديرية ، وجب تغليب دفتر الشروط (مجلس الدولة الفرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٣ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩٣ ص ٦٣٨) . وإذا وقع الخلاف بين المقايسة التقديرية وقائمة الأثمان ، وجب تغليب قائمة الأثمان (مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٨٤ ص ٤٧٦) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المكتوبة فى العقد والرسومات ، وجب تغليب الشروط المكتوبة فى العقد ، أو بين الرسومات بعضها مع بعض ، وجب تغليب الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاساً (فتحي غيث فى قانون المهندس ص ٥٥) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد ، وجب تغليب الشروط المكتوبة باليد (مجلس الدولة الفرنسى أول مايو سنة ١٨٩١ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩١ ص ٣٣٧) - وانظر محمد لييب شنب فقرة ٤٩ ص ٦٢ .

(٢) فإذا لم يكن العمل معيناً أو قابلاً للتعين ، كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه ، كانت المقاولة باطلة (الوسيط ١ فقرة ٢٢٢ ص ٣٨٨) .

مسجون^(١)، أو إدخال الحشيش والمخدرات أو تهريب البضائع من الحمرك ، أو صنع الأسلحة الممنوعة ، أو ارتكاب جريمة^(٢) .

٢٩ - أنواع العمل : قدمنا عند الكلام في تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة^(٣) أن العمل الذي يؤديه المقاول يتنوع من مقابلة إلى أخرى تنوعاً كبيراً . فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلاً بشيء معين ، وقد يكون هذا الشيء غير موجود والمقصود من المقابلة إيجاده ، بمادة يوردها المقاول من عنده أو يوردها رب العمل ، وقد يكون الشيء موجوداً فعلاً وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشيء الموجود ، وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس . ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقابلة من مقابلة صغيرة إلى مقابلة كبيرة . ومن ناحية جنس العمل ، هناك مقاولات أصبح الآن لها اسم معروف لانتشارها ، فهناك مقاولات البناء ، ومقاولات الأعمال الكهربائية ، ومقاولات الأعمال الميكانيكية ، ومقاولات المرافق العامة ، ومقاولات الأشغال العامة ، ومقاولات المهن الحرة ، والنشر ، والإعلان ، والنظارة . وسنتناول طائفة من هذه المقاولات تفصيلاً عند الكلام في بعض أنواع المقابلة .

ونضيف هنا إلى ما تقدم أن الأعمال التي ترد عليها المقابلة إما أن تكون أعمالاً مادية ، وإما أن تكون أعمالاً عقلية . فالأعمال المادية مثلها الإنشاءات

(١) ويجوز مع ذلك الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب ، وقد قضى بأن يعتبر عقد مقابلة العقد الذي تبرمه زوجة أسير من أسرى الحرب في ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها ، فإذا لم يتفق على أجر عينت المحكمة الأجر الواجب دفعه ، ويعتبر الزوج الأسير الذي رفض بالهرب قد أجاز تعاقد زوجته ، ويكون مسئولاً معها بالتضامن عن الأجر (نانسي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ١ - ١٤٢) . انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤ ص ١٥٠ هامش ٤ .

(٢) وقد نصت المادة ٦٢٨ من تقنين الموجبات والعقود البناني على ما يأتي : « ويكون باطلاً على وجه مطلق أيضاً كل اتفاق موضوعه : أولاً - الأمور المستحيلة مادياً . ثانياً - تعليم الأعمال السحرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أو الآداب أو النظام العام أو إجراء الأعمال المذكورة » .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩ .

المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسدود وهذه هي المقاولات الكبيرة ، ومثلها أيضاً صنع أثاث أو ثوب أو تصليح مواسير أو ترميم منزل أو نشر أو إعلان وهذه هي المقاولات الصغيرة . والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالاً قانونية كما في التعاقد مع المحامي ووكيل الأشغال ، وإما أعمالاً فنية كما في التعاقد مع طبيب أو مع مهندس معماري لوضع تصميم وللإشراف الفني على تنفيذ العمل أو مع محاسب لمراجعة حسابات معينة أو مع رسام لرسم صورة أو مع نحّات لصنع تمثال (١) .

كذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة . فالأعمال العامة هي التي تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل، والأعمال الخاصة هي التي تتعلق بالأفراد والشركات التي لا تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة (٢) .

المبحث الثاني

الأجر في المقاولة

٣٠ — **الأجر كركن في عقد المقاولة :** الأجر هو المال الذي يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه . فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ، كما يشترط في أي محل للالتزام ، أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعين (٣) ومشروعاً . أما المشروعية فلا جديد يقال فيها ، وشأن الأجر في ذلك هو شأن العمل (٤) . يبقى الوجود والتعين .

فالأجر لا بد من وجوده في عقد المقاولة ، وإلا كان العقد من عقود التبرع . فلا يعتبر مقاوله ، بل يكون عقداً غير مسمى . ويلاحظ أن الأجر ، وإن كان ركناً في المقاولة ، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان ،

(١) بلانيول وريبير و. واست ١١ فقرة ٩١٤ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٣ .

(٣) وتنص المادة ٦٣٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجب أن يكون البديل معيناً أو قابلاً للتعين » .

(٤) ويلاحظ أن أجر المحامي لا يصح أن يكون جزءاً من الحق المتنازع فيه ، إذ الأجر في هذه الحالة يكون غير مشروع بموجب نص صريح في القانون (م ٤٧٢ مدني) .

فإذا لم يحدداه تكفل القانون بتحديدده كما سنرى وتبقى المفاوضة صحيحة^(١). وهذا بخلاف التراضي والعمل ، فهما ركنان في المفاوضة لا شأن للقانون بتحديددهما ، فإذا لم يتوافرا في العقد كانت المفاوضة باطلة . ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المفاوضة باطلة لانعدام أحد أركانها ، وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلاً بل سكتا عنه وهنا تكون المفاوضة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر على الوجه الذي سنبينه .

أما تعيين الأجر ، فيتناول الكلام فيه مسألتين : (١) جنس الأجر : (٢) تقدير الأجر .

٣١ - جنس الأجر : والأصل في الأجر أن يكون نقوداً ، وقد يكون مقسطاً أو يدفع بحملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .

ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الأجر غير نقود ، كما هو شأن الأجرة في عقد الإيجار ، فقد يكون أسهماً أو سندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أو بيتاً أو أرضاً أو سيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار . بل يصح أن يكون الأجر عملاً ، فيتعاقد محام مع مقاول على أن يبني له داراً في مقابل أن يترافع المحامي في بعض قضايا المقاول ، وهنا تكون المفاوضة مقايضة عمل بعمل^(٢) .

(١) ويكفي أن العمل المعهود به إلى المقاول ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، حتى يفترض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجود الأجر ، أما مقدار الأجر فيحدده القانون كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل الموصى بصنعه ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٥٥ في الهامش) . وتنص المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن « يقدر اشتراط الأجر أو البديل في الأحوال الآتية - ما لم يقيم الدليل على العكس : أولاً - عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلامقابل . ثانياً - إذا كان العمل داخلاً في مهنة من يقوم به . ثالثاً - إذا كان العمل تجارياً و قام به تاجر في أثناء ممارسته تجارته » .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٥٣ .

ولكن الذى يقع فى العادة أن يكون الأجر فى المقاولة نقوداً^(١) .

٣٢ — تقرير الأجر : الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر ، وقد يحددانه بموجب مقايضة على أساس الوحدة (marché sur devis) ، أو يحددانه أجراً إجمالياً على أساس تصميم متفق عليه (marché à forfait) ، وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايضة تبين الأعمال المطلوبة تفصيلاً ، والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال ، وأجر وحدة العمل ، وسعر المواد المستخدمة . فيذكر فى المقايضة مثلاً أن المطلوب هو كذا متراً من المبنى ، كل متر بسعر كذا ، وكذا متراً من النجارة بسعر المتر كذا ، وكذا أدوات صمّية ، وكذا حديد الخ ، مع ذكر السعر . وهذه هى المقاولة على أساس وحدة القياس (marché à l'unité de mesure) . ويصح لرب العمل فى هذه الطريقة أن يزيد فى مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها ، ويجوز الاتفاق على ألا تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة . ومزية هذه الطريقة أنها لا تغبن رب العمل ولا تغبن المقاول ، فرب العمل يدفع أجراً والمقاول يتقاضاه بمقدار ما تم فعلاً . ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المقاولة ، بل يجب الانتظار حتى تنتهى جميع الأعمال وتقدر بحسب المقايضة . وقد لا يتحدد الأجر طبقاً لمقايضة توضع مقدماً ، بل يقوم المقاول بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان (marché sur prix de série) . فقد جرى العمل فى مقاولات المبنى على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء ، فهناك سعر لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة وسعر للبياض وسعر لنقل الأتربة وسعر للأعمال الصمّية الخ ، وهذه التعريفات تسمى فئات الأثمان (série de prix) . وعندما يتم المقاول الأعمال ، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها ، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاولة . وهذه الطريقة أكثر إمعاناً من طريقة المقايضة فى ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال ، ففى طريقة المقايضة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب ،

(١) ويذهب بوتييه (٤ فقرة ٤٠٠ ص ١٣٦) إلى أن الأجر يجب أن يكون نقوداً ، وإلا كانت المقاولة عقداً غير مسمى .

أما في طريقة فئات الأثمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل^(١).

لذلك كثيراً ما يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالي (marché à prix fait, marché à forfait, marché en bloc). فيتفق مع المقاول على مبلغ إجمالي. يقدر مقدماً عند إبرام المفاوضة، فيوضع التصميم لبناء مثلاً—عمارة من كذا دوراً وكذا شققاً وكذا دكاكين وجراجات الخ—على أن يكون الأجر الإجمالي هو عشرون ألفاً أو ثلاثون ألفاً من الجنيهات. ومزية هذه الطريقة لرب العمل أنه يعرف مقدماً عند إبرام المفاوضة مقدار الأجر الذي يلتزم بدفعه للمقاول، وفي هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار. ولكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن يقتصد في تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبر، ويكون ذلك على حساب جودة العمل أو على حساب جودة المواد التي يستخدمها. وقد لا يستطيع المقاول الاقتصاد في التكاليف، وترتفع الأسعار في أثناء تنفيذ المفاوضة أو ترتفع أجور العمال^(٢)، فيتحمل تبعه كل ذلك لأن أجره الإجمالي محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار أو بارتفاع أجور العمال—إلا في حالة الظروف الطارئة كما سنرى—فتعود المفاوضة عليه بالخسارة^(٣).

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٠—٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ص ٤٣—أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦—بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٧. وسنرى أن المهندس المعماري يستحق أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايضة وأجراً آخر عن الإشراف على التنفيذ (م ١/٦٦٠ مدنى). وقد يحدد هذا الأجر مقدماً بمبلغ إجمالي، وقد يحدد تبعاً لقيمة الأعمال فلا يعرف مقداره إلا عند تمام العمل. وإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري (م ٢/٦٦٠ مدنى). وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً فيما يلي (انظر فقرة ١٠٨—فقرة ١٠٩).

(٢) وقد يكون اندفع إلى قبول أجر إجمالي منخفض حتى يحصل على المفاوضة، لاسيما إذا كان ذلك نتيجة مسابقة دخل فيها وعرض عطاء منخفضاً حتى ترسو المناقصة عليه (بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥—ص ٤٠٦—بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦—بيدان ١٢ فقرة ١٨٥ ص ٢٠١—دى پاچ ٤ فقرة ٨٦٧ ص ٨٨٣—مازو ٣ فقرة ١٣٤٤ ص ١١١٣—محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٨ ص ٤٨١—ص ٤٨٢—محمد ليبب شنب فقرة ٥٤ ص ٦٦.

وقد تكون نصوص المفاوضة غامضة هل هي بأجر إجمالي أو هي بسعر الوحدة، فقاضي الموضوع هو الذي يبت في هذه المسألة بعد أن يرجع إلى نصوص المفاوضة وظروفها، دون رقابة =

وقد لا يعرض المتعاقدان لتحديد مقدار الأجر أصلاً ، فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار كما سبق القول . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدني على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول » . وسأأتى تفصيل البحث في ذلك عند الكلام في التزام رب العمل بدفع الأجر^(١) .

= عليه من محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣-١-٤١٥-١٩ يوليه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧-١-٤٦٧ - أول فبراير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤-١-٣٦٠ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨-١-٤٩٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت دي تريينو ٢٨ فبراير سنة ١٩١٥ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(١) انظر مايلى فقرة ٩٠ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على المقاولة

٣٣ — التزامات المقاول والتزامات رب العمل : يترتب على عقد المقاولة أن تنشأ التزامات في جانب المقاول ، والتزامات مقابلة في جانب رب العمل : وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المعهود بها إليه ، أو لإنجاز جميع هذه الأعمال .
فتتكم في التزامات المقاول ، ثم في التزامات رب العمل ، ثم في المقاولة من الباطن .

الفرع الأول

التزامات المقاول

٣٤ — التزامات مهنة : يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :
(١) لإنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة .
(٢) تسليم العمل بعد إنجازه .
(٣) ضمان العمل بعد تسليمه .

المبحث الأول

إنجاز العمل

٣٥ — الواجبات التي يتضمنها إنجاز العمل والجزاء على الإخفاق بهذا
الالتزام : الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل ، وهذا الالتزام ينطوي على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم

بها . فإذا أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذى يرتبه القانون على هذا الإخلال .

المطلب الأول

الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل

٣٦ - بياض هذه الواجبات : حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من إنجاز العمل ، يجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة ، وأن يبذل فى إنجازها العناية اللازمة ، سواء قدم المادة من عنده أو قدمها له رب العمل ، فيكون مسئولاً عن خطئه وعن خطأ تابعيه ، وعليه أخيراً أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة . فهذه طائفة من المسائل نستعرضها فيما يلى :

٣٧ - طريقة إنجاز العمل - نص قانونى : يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة ، وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد^(١) ، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر^(٢).

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف ، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول . فلصناعة البناء أصول معروفة ، وللنجارة والحدادة والسباكة والحياكة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد . ولصناعة الطب وصناعة المحاماة والهندسة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التى يصح أن تكون محلاً لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها فى إنجازها للعمل المعهود به إليه .

فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى

(١) وتنص المادة ٦٣٧ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « إن المؤجر يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها إذا كانت صريحة ، ولم يكن لديه سبب كافى فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ، ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٠ .

تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت رب العمل ذلك ، كان المقاول ،
مخلاً بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذى سنبينه فيما يلى ، وذلك دون حاجة لأن
يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها
الخطأ^(١) . ولايستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب
الأجنبى ، أى بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى
أو خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير^(٢) .

ولإذا احتاج المقاول ، فى إنجاز العمل طبقاً لشروطه ، إلى أدوات
ومهمات ، وجب عليه أن يأتى بها ويكون ذلك على نفقته ، سواء كان للعمل
مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو
المقاول . فأدوات العمل ومهمات ، كآلات البناء وعدة الجراحة وعربات
النقل وألوان الدهان وبطانة الثوب وغير ذلك مما يحتاج إليه المقاول فى إنجاز
العمل ، تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد ، وهذا
ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره . كذلك كثيراً ما يحتاج المقاول ،
فى إنجاز العمل طبقاً لشروطه ، إلى أيد عاملة ، وقد يحتاج أيضاً إلى أشخاص
يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له ، بل قد ينجز العمل كله
هؤلاء الأشخاص ومعهم العمال وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه ،
ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان .
ففى جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول ، ما لم يقض
الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ،
فيما يتعلق بالأدوات والمهمات ، فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين
المدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه
فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا
ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره »^(٣) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٠ ص ٩٠ — عكس ذلك دى پاچ ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٧ ..

(٢) مازو ٣ فقرة ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٦٧ من المشروع
التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة .
وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى
الجديد ، وصار رقم المادة فى المشروع النهائى ٦٧٧/٢ . ووافق مجلس النواب على النص تحت =

٣٨ — العناية اللازمة في إنجاز العمل : الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقابلة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية . فإن كان التزاماً بتحقيق غاية ، كإقامة بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه وكصنع أثاث أو ثوب أو وضع تصميم أو رسم لوحة أو نحت تمثال ، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولا يكفي أن يبذل في القيام به عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة ، فما دام العمل لم يتم إنجازَه فإن المقاول يكون مسئولاً ، ولا تنتفى مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، وانتفاء مسئوليته في هذه الحالة إنما يأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطأ . أما إذا أنجز العمل ، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها أو طبقاً لأصول الفن وتقاليد الصناعة وعرفها على النحو الذي قدمناه ، فقد وفي بالتزامه وبرئت ذمته .

وإن كان الالتزام التزاماً ببذل عناية ، كعلاج مريض أو المرافعة في قضية أو إدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ ، فإن المطلوب من المقاول في هذه الحالة هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل المعهود إليه . فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من في مستواه من الأطباء في علاج المريض طبقاً للأصول الطبية ، وليس عليه أن يشفى المريض ؛ ويجب على المحامي أن يبذل عناية من في مستواه من المحامين في المرافعة ، وليس عليه أن يكسب القضية . ويجب على المهندس الذي يدير عملاً أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية من في مستواه من المهندسين في إدارة العمل أو في الإشراف على التنفيذ ،

= رقم ٢/٦٧٦ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ١٢ - ص ١٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٥٩ : يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل ، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) ..

وليس عليه أن يتحقق الغرض المقصود . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدني في هذا المعنى : « في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود » .

٣٩ — التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل — نص قانوني : ويقع كثيراً أن يحتاج العمل المطلوب لإنجازه إلى مادة تستخدم في صنعه أو يستعان بها فيه . فالنجار في صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج إلى الخشب ، اللازم لصنع ذلك ، والحائك في صنع الثوب يحتاج إلى القماش اللازم ، وصانع الأسنان يحتاج إلى المادة اللازمة لصنع هذه الأسنان ، وهكذا . وهنا يجب التمييز بين فرضين ، فإما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل ، وإما أن يكون رب العمل هو الذي تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل .

وتقول المادة ٦٤٧ من التقنين المدني في هذا الصدد :

- « ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله . »
 « ٢ — كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٤ على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم المادة ٦٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٧٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ — ص ١٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٠٨/٤١٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « استئجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحضاره من المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها » . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٦٥ : ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على المتعهد بتقديم عمله ، على أن

٤٠ - الفرصه الأول - المقاول هو الذي يقدم المادة - نص قانوني :
تنص المادة ٦٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولاً عن جودتها ، وعليه ضمانها لرب العمل » (١) .

وقد سبق أن رأينا أنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه (٢) . وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل المقاول مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل . ذلك أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . والبيع هنا يكون معلقاً

= يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً . ٢ - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ، ويكون العقد استصناعاً . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٦٥٨ : يجوز في الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء ، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله - على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع . (وتتفق أحكام التقنين البناني مع أحكام التقنين المصري) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١ - ص ١٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٦٦ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ١/٦٦٣ : إن الصانع الذي يقدم المواد يكون ضامناً لنوعها . (وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ في آخرها .

على شرط واقف ، هو تمام صنع المادة^(١) . فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره ، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية ، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً في حالة التعاقد مع نجار ، أو من وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع في حالة التعاقد مع حائك^(٢) ، وهكذا^(٣) .

وتسرى في ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصددده وهى أحكام عقد البيع . فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٧ - فلايتراخى انتقال الملكية إلى وقت التسليم ولا إلى وقت تقبل العمل (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٥ - قارن أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٤ وقرة ٢٨) . أما قبل تمام الصنع فالمادة تبقى ملكاً للمقاول ، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس المقاول قبل تمام الصنع لم يكن لرب العمل أن يسترد الشيء من التفليسة لأنه لم يصبح ملكاً له بعد . ويترتب على ذلك أيضاً أن المقاول ، قبل أن يتم صنع الشيء ، له أن يتصرف فيه بالبيع والرهن وسائر التصرفات (دافيد في رسالته في عقد الاستصناع ص ٩٤ - ص ٩٥ - فرانسوا جورى في مقال له في وقت انتقال الملكية في البيوع تحت التسليم في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٥ ص ١٦٧ - انسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٥ - محمد ليبب شنب فقرة ٩٦ ص ١١٢) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن مقاول البناء الذى يقدم مواد البناء من عنده يبرم عقد مقولة لا يتضمن بيع المواد ، فإن هذه المواد تصبح ملكاً لصاحب الأرض (رب العمل) بالالتصاق (انظر في هذا المعنى بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٤ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ - نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣) .

(٣) انظر في هذا المعنى نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٩٥٠ دالوز الموجز ١٩٥١ - ٦٨ - باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ - ٢ - ٤ - السين ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ دالوز الموجز ١٩٥٠ - ١٦ - قارن بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ ويذهبون إلى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع لرب العمل ، وفي حالة صنع أشياء متماثلة (par série) من وقت تعيين الشيء بالذات وتمييزه (spécification) عن سائر الأشياء المماثلة . وانظر أيضاً في أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع فرانسوا جورى في مقاله المشار إليه في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٤ - فقرة ١٥ ص ١٦٧ - بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٨٩٥ - نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ١ - ١٤٠ - ١٤ - مارس سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٧ - وانظر في أن الملكية تنتقل من وقت تقبل رب العمل للعمل ولو لم يتسلمه محمد ليبب شنب فقرة ٩٩ . وسرى أن التقبل يقع عادة وقت التسليم (انظر ما يلى فقرة ٨١) ، وأنه إذا انفصل التقبل عن التسليم فالعبرة في انتقال الملكية بوقت التقبل لا بوقت التسليم (انظر ما يلى فقرة ٨٥) .

لم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيه ، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها ، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م ٤٤٧/١ مدني) . ولا يضمن المقاول العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشيء من هذا العيب ، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٤٧/٢ مدني) . ولا يضمن المقاول عيباً جرى بالعرف على التسامح فيه (م ٤٤٨ مدني) . وإذا تسلم رب العمل الشيء ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للشيء (م ٤٤٩/١ مدني) . أما إذا كان العيب ممالاً يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل ، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للشيء بما فيه من عيب (م ٤٤٩/٢ مدني) . وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ مدني (م ٤٥٠ مدني) . وتبقى دعوى الضمان ، ولو هلك الشيء بأي سبب كان (م ٤٥١ مدني) . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ، ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتقام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٥٢ مدني) ^(١) .

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط ، والمواصفات المتفق عليها في خصوص هذه المادة كما سبق القول ، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات ، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (م ٤٤٧/١ مدني) .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن

(١) انظر في كل هذه الأحكام المتعلقة بضمان البائع للعيوب الخفية الوسيط ٤، فقرة ٣٦٠

استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م ١٣٣ / ٢ مدنى) (١) .

١٤ — الفرصه الثانى — رب العمل هو الذى يقدم المادة — نص قانونى :
تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه مابقى منها ، فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشئ لرب العمل » (٢) .

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذى يقدم المادة للمقاول ، فيقدم مثلاً القماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصائغ أو الورق للمطبعة أو الأرض لمقاول البناء الخ . ويجب على المقاول فى هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل ، وأن يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد ،

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه ينفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٦٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٦٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢ - ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ١/٦٣٩ : إن المؤجر الذى لا يقدم إلا عمله يلتزمه أن

يسهر على حفظ الأشياء التى سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستصناع .

م ٢/٦٦٣ : أما إذا كان صاحب الأمر هو الذى قدمها (المادة) . فيجب على الصائغ

أن يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون إهمال ، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية استعماله لها ، وأن يرد إليه ما لم يستعمل منها . (وأحكام التقنين البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) ..

فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها ، وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات ، تحملها المكاوول ، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر (١) . وقد قدمنا أن عقد المكاولة الذي يتسلم فيه المكاوول شيئاً من رب العمل ليعمل فيه يتضمن بطبيعته حفظ هذا الشيء ويكون مسئولاً عن ضياعه (٢) . ويستوى أن يكون الشيء قيمياً أو مثلياً (٣) .

ثم يجب على المكاوول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن ، فيجانب الإفراط والتفريط ، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة ، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي إن وجد . فإن بقي من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذي تسلمه من رب العمل شيء بعد أن أتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب ، وجب عليه رده لرب العمل .

وإذا كشف في أثناء عمله ، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفني ، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود ، كما إذا كان القماش الذي تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب ، أو كان الخشب لا يصلح لصنع الأثاث ، أو كانت الأرض التي يقيم عليها البناء تنطوي على عيب يهدد سلامة البناء ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج (٤) . كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ، كما إذا صدر للمطبعة أمر تكليف من

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م

٣٩ ص ١٨٦ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧ .

(٣) مازو ٣ فقرة ١١٥٠ ص ١١١٦ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٦ .

(٤) أما إذا كان لا يمكن لمكاوول مثله أن يكشف العيب ، فإنه لا يكون مسئولاً . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩١ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « لا يكون العامل أو الصانع مسئولاً قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه في المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر في أثناء التنفيذ وبسببه ، من عيوب في المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها » (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ - وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

شأنه أن يوقف العمل لتنصرف المطبعة إلى العمل الذي صدر في شأنه أمر التكليف ، وجب أيضاً في هذه الحالة على المقاول إخطار رب العمل فوراً ، وإلا كان مسئولاً عن النتائج التي تترتب على عدم الإخطار . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٩ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ - إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب في المادة التي قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ - فإذا أهمل في الإخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(١) ، وهو في الواقع ليس إلا تطبيقاً لها .

ولما كانت مسئولية المقاول في هذا الخصوص مسئولية عقدية ، فإنه إذا تلف الشيء أو ضاع أو هلك ، وقع عبء الإثبات على رب العمل . فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبدل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد ، وأن هذا الإهمال هو الذي تترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه . وللمقاول من جانبه أن يثبت ، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية ، أنه بدّل عناية الشخص المعتاد ، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فتنتفي مسئوليته في الحالتين^(٢) . كذلك المفروض أن المقاول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية ، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية في جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للاستعمال . وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن ، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور في من جانبه ، بل يرجع إلى سبب أجنبي^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ١٣ في الهامش - ونصت المادة ٦٦٢ من تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذا المعنى أيضاً على ما يأتي : « إذا حدث في أثناء القيام بالعمل أن في المواد التي قدمها صاحب الأمر ، أو في الأرض التي يراد إقامة بنيان أو غيره عليها ، عيوباً أو نقائص من شأنها أن تحول دون إجراء العمل على ما يرام ، وجب على الصانع أن يخبر عنها صاحب الأمر بلا إبطاء . وإذا لم يفعل كان مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عنها ، ما لم تكن من نوع لا يتسنى معاملة مثلها أن يعرقها » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ .

(٣) قازن مازو ٣ فقرة ١٣٥٠ ص ١١١٦ - محمد ليب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٨ .

٤٢ — مسؤولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه : ويخلص مما تقدم أن المقاول يكون مسئولاً عن خطأه مسؤولية عقدية . ويثبت في جانبه الخطأ ، فتتحقق مسؤوليته ، إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها ، أو أساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل ، أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفني ، وبوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التي فصلناها فيما تقدم . فإذا ثبت خطأه على هذا النحو ، وكان هو الذي قدم المادة ، فضاعت أو تلفت بسبب خطأه ، تحمل هو الخسارة ، فلا يرجع على رب العمل لبقية المادة التي ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل . بل يكون فوق ذلك مسئولاً عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله بالتزاماته على النحو الذي سنبينه فيما يلي . وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ، وجب عليه أن يعرضه قيمتها ، ولا يرجع عليه بأجر العمل ، ويكون فوق ذلك مسئولاً عن التعويض كما سبق القول . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة^(١) . أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل ، فإن مسؤولية المقاول تنتفي ، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول^(٢) .

(١) نقض فرنسي ١٦ دوسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١ - بلانيول وريبير . ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ - وقد أورد تقنين الموجبات والعقود البنائي نصوصاً في هذا المعنى . فنصت المادة ٦٣٦ منه على ما يأتي : « إن مؤجر العمل أو الخدمة لا يكون مسئولاً عن خطأه فقط ، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته . ولا مفعول لكل اتفاق يخالف » . ويلاحظ أن مسؤولية المقاول عقدية ، فالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية يكون مخالفاً للقواعد العامة التي تجوز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية . ونصت المادة ٦٣٧ من نفس التقنين على ما يأتي : « إن المؤجر يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التي تلقاها ، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كاف في عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطر في التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٧٥ - بلانيول وريبير . ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ - وإذا أمن المقاول على الشيء من الضياع أو التلف ، فإنه يدفع مبلغ التأمين الذي يقبضه من الشركة لرب العمل ، ويكون هذا الأخير ملزماً حينذاك بدفع =

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده في إنجاز العمل ، أو استخدمه في ذلك ، فإنه يكون مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية ، بل هي مسئولية عقدية^(١). ويكون المقاول مسئولاً أيضاً قبل رب العمل عن المقاول من الباطن ، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المقاول أو إشرافه ، بل يعمل مستقلاً عنه فلا يعتبر تابعاً له ، وقد نصت المادة ٢/٦٦١ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ولكنه (المقاول) يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »^(٢).

٤٣ — عدم التأخر في إنجاز العمل : ويلتزم المقاول كذلك بأن ينجز

= الأجر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ هامش ٢ - باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١١ - ٥ - ٥) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورواست ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - وانظر عكس ذلك. وأن المسئولية مسئولية تقصيرية فيجب أن تتوافر فيمن يستخدمه المقاول شروط التابع في المسئولية التقصيرية : بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٥٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ .

(٢) انظر عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٦٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ (ومع ذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن المقاول يكون مسئولاً عن المقاول من الباطن. إذا ترك رب العمل يعتقد أن المقاول من الباطن مستخدم عنده أو أنه وكيله - انظر في هذا المعنى أيضاً هيك ١٠ فقرة ٤٣٢) .

وقد نصت المادة ٦٣٨ من تقنين الموجبات والعقود اللباني في هذا الصدد على ما يأتي : « يكون المؤجر مسئولاً عن عمل الشخص الذي يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه - غير أنه إذا اضطر بسبب ماهية العمل إلى الاستعانة بأشخاص آخرين ، فهو لا يتحمل تبعه ما ، على شرط أن يقيم البرهان : أولاً - على أنه بذل كل العناية اللازمة في اختيار عماله وفي مراقبتهم . ثانياً - على أنه استنفد ما في وسعه ليحول دون التخلف عن إجراء الموجب ويتلافى نتائج المصرة » .

وبدیهى أنه إذا انتفت مسئولية المقاول من الباطن نحو المصاب ، انتفت تبعاً لذلك مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاول من الباطن يعتبر عن أصحاب العمل في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل . وإذن فعلاقة المقاول من الباطن بالعمال المصاب إذا كان من أعضاء أسرته الذين قد يلزم بأن يعولهم لا تخضع لأحكام هذا القانون بمقتضى المادة الثانية منه ، وبالتالي لا تخضع لهذه الأحكام علاقة المقاول الأصلي بذلك العامل ، إذ القانون في هذه الحالة لا يجعل المقاول الأصلي مسئولاً إلا على اعتباره مجرد ضامن من الباطن ، وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسئولية عن المقاول من الباطن متفية للقرابة ، فإن مسئولية المقاول الأصلي تكون لا محل لها (نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٨ ص ٢٤٥) .

العمل في المدة المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله^(١).

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية . فلا يكفي ، لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخر ، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك^(٢) . بل يجب عليه ، حتى تنتفي مسؤوليته ، أن يثبت السبب الأجنبي . فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير ، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسؤوليته . ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبباً خطأً منه ، وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ^(٣) .

وقد قضى بأن برودة الطقس في الشتاء لا تعد قوة القاهرة ، لأنها أمر متوقع^(٤) . كذلك تنتفي مسؤولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل ، إذا كان هذا التأخر راجعاً خطأً رب العمل . فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها ، وكان هذا التأخر سبباً في تأخر المقاول في إنجاز العمل ، لم يكن هذا الأخير مسئولاً^(٥) . كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعييدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل ، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده ، لم يكن هذا الأخير

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٥

ص ٩٣ .

(٢) حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل ، إذ أنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية (بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٩٧ ص ١٠٨٤ - أنسيكلوبيدي في دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤٧ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٥) .

(٣) نقض فرنسي ٣ يولييه سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٩٤ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٠٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٥٠ .

(٤) رن ٥ يولييه سنة ١٨٧١ سيريه ٧٢ - ١ - ١٧٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٥٣ .

(٥) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٥

ص ٩٣ .

مستولا عن التأخر (١) .. وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل ، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده ، لم يكن هذا الأخير مستولا عن التأخر مادام قد أنجز التعديلات في ميعاد معقول (٢) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل

٤٤ — تطبيق القواعد العامة: إذا أخل المقاول بالتزامه من إنجاز العمل على التفصيل الذي قدمناه ، فخالف مثلاً الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن ، أو أظهر قصوراً في كفايته الفنية ، أو أساء اختيار المادة التي يستخدمها في العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه ، أو تأخر في إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبي ، فإن مسؤوليته تتحقق كما قدمنا . ويكون لرب العمل في هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، إما أن يطلب التنفيذ العيني وإما أن يطلب الفسخ ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى (٣) . ويجب أن يعذر رب العمل المقاول ، كما تقضى القواعد العامة .

فيطلب رب العمل التنفيذ العيني ، بشرط أن يكون ذلك لا يزال ممكناً .

(١) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ (Bull. som.) - ١ - ١٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٣١ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٨٩٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ - محمد ليب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ - وإذا توقف العمل في البناء مدة من الزمن بسبب خطأ رب العمل ، وتسبب عن هذا التوقف تأخر في إنجاز العمل ولو مدة أطول من مدة التوقف ، لم يكن المقاول مستولا (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥) .

(٣) وقد قضى بأن المقاول الذي تعهد باستعمال بئر الساقية لتشغيل طلمبة (pompe) ، فلم ينجح بسبب خطأه في تقدير صعوبة العمل ، يجب عليه أن يرد لرب العمل ما تقاضاه من أجر ، هذا إذا لم يكن هناك وجه للحكم عليه أيضاً بالتعويض (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٣) .

فإن كان العمل المطلوب إنجازَه عملاً روعيت فيه شخصية المقاول ، كعمل تصميم أو رسم لوحة أو نحت تمثال أو إجراء عملية جراحية ، وأصر المقاول على الامتناع عن التنفيذ ، جاز لرب العمل اللجوء إلى طريقة التهديد المالي ، إذا كانت هذه الطريقة مجدية^(١) ، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض . أما إذا كان العمل المطلوب إنجازَه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار ، كإقامة بناء أو صنع أثاث أو تصليح ساعة أو ترميم منزل ، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً^(٢) ، ويجوز في حالة الاستعجال ، كما هو الأمر في ترميم منزل آيل للسقوط ، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني)^(٣) .

وقد نختار رب العمل فسخ عقد المقاولة ، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيماً بحيث يبرر الفسخ^(٤) . وللقاضي ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يجيب .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٦٩ ص ٨٩ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيكاوييل دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ - ولكن لا يجوز لرب العمل ، إذا كان المقاول هو الذي قدم المادة ولم يتم صنعها ، أن ينتزع منه المادة لإعطائها لمقاول آخر لإتمام صنعها ، لأن المادة قبل إتمام الصنع لا تزال ملكاً للمقاول الأول ، فلا يجوز انتزاعها منه دون رضاه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢) .

(٣) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه في حالة تأخر المقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامها بواسطة غيره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برقنص الدعوى التي أقامها المقاول - الطاعن - بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه ، قد أقام قضاؤه ، على أن « المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر في تنفيذ ما ألزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل في الميعاد المتفق عليه ورغم إهماله في ذلك مراراً ، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه وانتمى الطاعن الترخيص له في إتمام العمل في فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلاً منه عن قرار السحب السابق ، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه » . وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص في بند منه على أنه في حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التي استحضرها الطاعن واستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسئولاً عن دفع أي أجر عنها ، فإن النعي على الحكم مخالف لقانون العقد والقصور في التسبب يكون على غير أساس (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) .

(٤) نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٠ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

«رب العمل إلى الفسخ ، كما أن له أن يمهّل المكاوّل حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، كما أن للمكاوّل أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضي بالفسخ ولكنه يقضى بالتعويض إن كان له محل (١) .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإن له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المكاوّل بتنفيذ التزامه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة (٢) . وصورة من صور التعويض مقترناً بالفسخ هي أن يترك رب العمل الشيء المصنوع للمكاوّل (laisse pour compte) ، إذا كان هذا قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، فلا يتقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً ، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذي قدمها ، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر (٣) . وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه ، فتسرى أحكامه (٤) ، ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر ،

(١) وقد يشترط رب العمل أن له الحق في فسخ العقد إذا رأى أن المكاوّل متأخر في إنجازه ، ففي هذه الحالة يكون تقدير التأخر في إنجاز العمل موكولاً إلى رب العمل ، إلا إذا تعسف في هذا التقدير ، وعلى المكاوّل يقع عبء إثبات هذا التعسف (استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣٠ ص ٤٥١) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس في إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين ، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا الأخير مسئولاً عن هذا الضرر (جرينويل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٤٩١ - محمد ليبب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ هامش ٢) .

وقد يكون الضرر أديباً غير مادي ، ومع ذلك يجب التعويض عنه . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعهد مكاوّل لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها ، وتأخر في ذلك ثم لم يقيم إلا ببعضه ، لاشك يعتبر الضرر متوافراً ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشئائر ، والتأمين الذي أخذته من المتعهد ضماناً لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط في التعهد . (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

(٣) نقض فرنسي ٣ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٠ - بيدان ١٢ فقرة ١٩١ مكررة - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind, فقرة ٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب في بند منه على المكاوّل - الطاعن - أن ينهى جميع العمل المنوء عنه في العقد في الوقت المتفق عليه ، وإلا كان الملمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند ، وأن هذه الغرامات - توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطاعن قد تأخر في نهو العمل في الميعاد المتفق عليه أولاً في =

كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً^(١).

وليس رب العمل مضطراً إلى الانتظار إلى نهاية المدة حتى يستعمل حقه في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين . بل إن له ، متى رأى منذ البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أو أنه تأخر في البدء فيه أو تأخر في إنجازهِ على وجه لا يرجي معه مطلقاً أن ينجز العمل في الميعاد ، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهّل المقاول إلى نهاية المدة . وقد أورد التقنين المدني تطبيقاً لهذا المبدأ في حالة ما إذا ثبت أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، وأورد المشروع التمهيدى للتقنين المدني تطبيقاً آخر في حالة ما إذا تأخر المقاول تأخراً لا يرجي تداركه . ونستعرض كلا من هذين التطبيقين .

٤٥ - قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد - نص

قانوني : تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعهد من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جازاً لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ .

العقد ، ثم تباطأ في إنجازهِ رغم إيماله في إتمامه أكثر من مرة ، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ، ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور ، فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه (بقض مبنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٧ ص ٦٤٢) . ولكن إذا عمد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء ، فإن الضرر الذي يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول يقدح إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٠٠) .

(١) محمد لبيب شنب فترة ٧٥ ص ٩٤ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائي يحوي مبلغاً عظيم المقدار لا يتناسب مع قيمة المقاتلة ، فإن المقصود منه أن يكون تهديدياً لا جزائياً ، ليكون حافزاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه في موعده (استئناف مصر ٩ يونيو سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ١١٥ ص ٢٤٤) .

« ٢ - على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً »^(١) ويخلص من هذا النص أن رب العمل ، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل وهذا هو الذي يميز المقاول

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما إذا لم يكن من شأن العيب في طريقة التنفيذ أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له ، فلا يجوز فسخ العقد ». وفي لجنة المراجعة خذفت هذه الفقرة الثالثة ، وأدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار رقمه ٦٧٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى تعديلاً من شأنه الإحالة إلى القواعد العامة التى تتضمنها المادة ٢٠٩ مدنى دعماً لشبهة استحداث حكم جديد ، وأصبح رقم النص ٦٥٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦ - ص ١٩) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .. ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السنوى م ٦١٦ (مابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٣٤٩ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى م ٨٦٩ (سواقق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ١/٦٦٤ : يجب على الصانع في جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التى تنجم عن عمله .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يردّه في الأسبوع الذى يل التسليم ، وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقضان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً : وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ - أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً . ٢ - أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ - أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من صنعه . ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أدائه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر . وإذا كان صاحب الأمر هو الذى قدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥ (ضمان العيب في البيع) تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٣ و ٢ المتقدمين .

(والتقنين البنائى يعرض حالة ما إذا كان هناك عيب في الصنعة وعرض الشيء على رب العمل لتسليمه ولكن يمكن أن يقاس على ذلك حالة ما إذا كان الشيء لا يزال في يد المقاول يعمل فيه على وجه معيب أو مناف للعقد ، فلا ينتظر رب العمل حتى يعرض عليه الشيء ، بما له أن يبادر وينبه على المقاول أن يعدل من طريقة العمل) .

عن عقد العمل كما قدمنا ، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو في يد المقاول ليراقب ما إذا كان مجرى طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . فليس رب العمل إذن ملزماً بالتربص حتى ينتهى العمل ويقدمه له المقاول ، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة في عمله فيقبل العمل ، أو لم يراعها فيرفضه . والخير في أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أو منافياً لشروط العقد ، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم . وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب .

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء ، وهو يقيم البناء ، قد أدخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلاً الأساس أو يوصل به إلى العمق الكافي أو لم يجعل الحيطان في السمك المتفق عليه ، أو لاحظ أن النجار الذي يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة في صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً في هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة ، فإن لرب العمل في هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضي في عمله المعيب أو المنافي لشروط العقد . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً . مثل ذلك أن يقيم مقاول البناء المبنى ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه ، فعند ذلك لا يستطيع تدارك هذا الخطأ ، إذ أن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة ، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله . وفي هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول للشروط ، ولا حاجة به للتربص إلى أن يتم البناء معيباً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك . وللقاضي حق التقدير ، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض ، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المقاول بإصلاح العيب على نفقته .

(الفرض الثاني) أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب ممكناً ،

مثل ذلك أن يلقى مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب ، أو يبدأ الحائط صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل . ففي هذا الفرض ، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً ، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ ، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط في السمك الواجب أو يصلح العيب في صناعة الثوب . وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ ، مادام العيب ممكناً إصلاحه . وقد يكون المقاول غافلاً عن العيب ، فيجب تنبيهه حتى لا يمضي في عمل معيب^(١) . ولا يشترط في الإنذار شكل خاص . فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر ، كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغي . وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفي التنبيه الشفوي ، كما إذا كان الحائط قد بدأ صنع الثوب معيباً . ويحدد رب العمل للمقاول أجلاً معقولاً يصلح فيه العيب . فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل ، وأصلح العيب في الأجل المحدد ، فإن له أن يمتضي في العمل على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل . أما إذا تازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب ، أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه في الأجل المحدد ، فإن لرب العمل في الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر لإنجاز العمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، أو دون أن ينتظر انتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل . ويطلب رب العمل إما الفسخ أو للتنفيذ العيني ، طبقاً للقواعد العامة . فإن طلب الفسخ ، كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضي بالفسخ وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذي يسطناه فيما تقدم ، أو أنه لا محل لفسخ العقد فيقضي على المقاول ، إذا رأى أن عمله معيب ، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل . وإن طلب رب العمل التنفيذ العيني ، ورأى القاضي أنه محق في ادعائه أن العمل معيب ، قضى على المقاول بإصلاح العيب . ولرب العمل

(١) فإذا أهمل رب العمل في تنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيوب ، أو تعدد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً ، فإنه يكون قد أدخل بواجبه من التعاون مع المقاول في تنفيذ المقاتلة ، كما تقضى القواعد العامة في تنفيذ العقود ، ومن ثم لا يستحق تعويضاً عن الضرر الذي كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما في عمله من عيب في الوقت المناسب (دائيد رسالته في عقد الاستصناع ص ٨٢ - محمد ليب شنب فقرة ٧٢) .

في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً في إصلاح العيب أو في إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح ، بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكناً ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدني . ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له محل . وقد يكون العمل مستعجلاً لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء ، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط^(١) ، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني لرب العمل أن يلجأ إلى مقاول آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول ، وذلك دون ترخيص من القضاء ، وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

٤٦ - تأخر المقاول تأخراً لا يبرحى تداركه : كان المشروع التمهيدى :

للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ٨٧٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا تأخر المقاول في أن يبدأ العمل أوفى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م ٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (م ٨٨٤) والتقنين التونسى (م ٨٧٠) والتقنين اللبناى (م ٦٦١) . وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذ تأخر المقاول في إنجاز العمل تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به في المدة المتفق عليها . والتقنين الألمانى (م ٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقاً في إنجاز العمل في المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسونى ، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادر في سنة ١٩٣٣ ، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول في تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملاً جداً أنه لن يتمكن من إتمامه في الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه . وهذا الحكم

(١) أو إقامة جناح في معرضه على وشك الانتفاع (محمد لييب شنب فقرة ٧٢ ص ٩٢) .

يخالف القواعد العامة ، التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلاً . وقد حذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (١) .

والنص المحذوف يعرض للصورة العملية الآتية : يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه في ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن المقاول ينجز العمل قبل افتتاح المعرض . وتتأخر المطبعة أو يتأخر المقاول ، إما في البدء بالعمل وإما في إنجازه بعد البدء فيه ، بحيث يتبين جلياً ، قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمناً ، أن المطبعة أو المقاول لن يتمكن من إنجاز العمل في الميعاد . وليس من الضروري أن يكون هناك ميعاد متفق عليه صراحة أو ضمناً ، فقد لا يكون هناك اتفاق على ميعاد معين ولكن المقاول يتأخر في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين في جلاء أنه لن يتمكن من إنجاز العمل في المدة المعقولة التي تحددها طبيعة العمل وعرف الصناعة وقدرة المقاول (٢) . ففي جميع هذه الأحوال يظهر جلياً أن المقاول — كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمناه — « قد أحل مقدماً بالتزامه » . فيجوز إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول ، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل في الميعاد إلى طلب فسخ العقد . وله مصلحة ظاهرة في ذلك . فهو لو انتظر حلول الميعاد ، فالعمل لن يكون قد تم ، ويتكلف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقاول بالتعويض ، فالأولى أن يبادر إلى طلب الفسخ فيجنب المقاول التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عند طلب الفسخ ، ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد . ومن ذلك يتضح أن طلب الفسخ هو في مصلحة كل من الطرفين ؛

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٤ في الهامش — وقد ورد في التقنين المدني العراقي نص نازل ٤ فقد نصت المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه « إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخيراً لا يرجي معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . ونصت المادة ٦٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يحق لصاحب الأمر أن يطلب حل العقد بعد إنذار الصانع : أولاً — إذا تماذى الصانع في تأجيل الابتداء بالعمل لغير سبب مشروع . ثانياً — . . . » (٢) . انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

رب العمل والمقاول معاً . وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التي عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدني حين تقول : « على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً »^(١). ففي الحالتين ارتكب المقاول خطأ لا يمكن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً بمعيباً لا يمكن تداركه ، وإما أن يكون قد تأخر في البدء به وتأخر في إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه في الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هناك نصاً صريحاً (م ٦٥٠ / ٢ مدني) في إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى . لذلك يبدو لنا أنه ليس دقيقاً ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الحكم الوارد في النص المحذوف « يخالف القواعد العامة التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلاً » . فإن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق ، كما تقول المذكرة الإيضاحية نفسها . وحذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » لا يمنع في نظرنا من تطبيقه بالبرغم من حذفه ، إذ هو في الواقع متفق مع القواعد العامة كما رأينا . وقد صيغت لهذه الحالة ونظائرها نظرية الجحود المبسر ، وهي نظرية تدخل في نطاق القواعد العامة^(٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥ .

(٢) دافيد في رسالته في عقد الاستصناع ص ٨٤ - ص ٨٥ - محمد ليب شنب فقرة ٧٦ - وانظر له أيضاً بحثاً في نظرية الجحود المبسر (anticipatory repudiation of contract) دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص ١٣٩ وما بعدها .

ولا يقتصر الأمر ، طبقاً لنظرية الجحود المبسر ، على حالة تأخر المقاول في البدء بالعمل أو في إنجازه ، بل يتناول أيضاً حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً ينم عن هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً . ويضرب الأستاذ محمد ليب شنب لذلك مثلاً : « تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه في خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل في خلال الأسبوع نفسه . ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة ، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلك ليتيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى ، وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلافرقة وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول » (عمر ليب شنب فقرة ٧٧) .

المبحث الثاني

تسليم العمل

٤٧ - وجوب التسليم والجزاء على الإخلال بهذا الواجب : نعرض في هذا المبحث لمسألتين : (١) وجوب التسليم ، فبين المحل الذي يقع عليه التسليم ، وكيف يكون التسليم ، ومتى ، وأين . (٢) الجزاء على الإخلال بواجب التسليم من تنفيذ عيني أوفسخ مع التعويض في الحالتين ، ويدخل في ذلك بحث من يتحمل تبعة استحالة التسليم لسبب أجنبي .

المطلب الأول

وجوب التسليم

٤٨ - المحل الذي يقع عليه التسليم : المحل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه . فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة ، وجب عليه تسليمها مصنوعة عن النحو المتفق عليه . أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجري فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح ، وهو في ذلك إنما يرد لرب العمل ملكه إذ ملكية الشيء لا تزال باقية لرب العمل . وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في ذمته . بالتسليم ناشئ من عقد المقاولة . ويمكن أيضاً ، في الحالة الأولى ، أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التي قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع ، إذ قدمنا أن العقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع^(١) . أما في الحالة الثانية ، إذا قدم رب العمل المادة ، فإن المقاول يلزم أيضاً بردها بموجب دعوى استرداد^(٢) ، إذ رب العمل يبقى مالكا للمادة كما قدمنا .

ويلتزم المقاول فوق ذلك برد ما بقي من المادة التي قدمها رب العمل ، فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدني تقضي بأنه « إذا كان رب العمل

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٥٨٢ .

(٢) انظر في ذلك بلانيول بوريبيرو روست فقرة ٩٢٥ ص ١٦٢ .

هو الذى قدم المادة ، فعلى المفاوض أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها^(١) . كذلك يلتزم المفاوض برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كترخصة البناء فى مقالة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التى يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل ، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل^(٢) .

٤٩ - كيف يكون التسليم : يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق ، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فجلاً على العمل فإن هذا هو التسليم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المفاوض .

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل . فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل يداً بيد ، وكذلك النجار والسباك والصانع وغير هؤلاء من أرباب الحرف والصناعات . ومفاوض البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول ، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل . والمفاوض الذى قام بصنع شئ أو بتحويله أو بتحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر . وإذا قام المفاوض بعمل لا ينقل حيازة الشئ من رب العمل ، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان ، فإن التسليم يكون بتخلية السيل أمام رب العمل لينتفع بالشئ الذى تم العمل فيه .

٥٠ - متى يكون التسليم - هو المفاوض فى حبس العمل : يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل ، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة^(٣) . وعلى كل من

محملة

محملة

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٢) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٦٦ - بلانبول وريللو ورواست

١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل ، ما لم يتفق على ميعاد آخر . وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، فالشيء المصنوع لتقديمه في مسابقة أو لعرضه في معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو قبل حلول افتتاح المعرض (١) .

وقد يحل ميعاد التسليم ، ويكون للمقاول أجر مستحق في ذمة رب العمل . ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الحبس (م ٢٤٦ مدني) وفي الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ مدني) . وينقضي حق الحبس إذا استوفى المقاول أجره ، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر (م ١/٢٤٦ مدني) . والحق في الحبس لا يقتصر على الأشياء التي صنعها المقاول بمادة من عنده ، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها في إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستلزمات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل (٢) . ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء ظل في حيازة صاحبه ، كالسباك يصلح مواسير المياه والمقاول يحفر مكاناً أو يردم حفرة أو يهدم حائطاً ، فليس للمقاول الحق في حبس المكان الذي عمل فيه حتى يستوفي الأجر (٣) ، لأن هذا المكان لم يخرج من حيازة صاحبه حتى يمكن حبسه عنه . وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائني رب العمل العاديين والممتازين (٤) .

٥١ - أين يكون التسليم : يكون التسليم في المكان المتفق عليه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة . وإذا كان العمل واقعاً على عقار ، كان التسليم في مكان العقار . أما إذا كان واقعاً على منقول بقي في حيازة رب العمل ، فإن التسليم يكون في مكان وجود المنقول ، فإذا

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨١ .

(٢) دلفو فقرة ١٤٢ ص ١٢٨ - محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤ - محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٤) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ - محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠٢ .

انتقلت حيازة المنقول إلى المقاول ، ولم يكن هناك اتفاق أو عرف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم في موطن المقاول أو يكون في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذي تم بدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم (م ١/٣٤٧ مدني)^(١) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بواجب التسليم

(تحمل التبعة)

٥٢ — تطبيق القواعد العامة : إذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل ، وفقاً للقواعد العامة ، طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض . ويجب على رب العمل في جميع الأحوال أن يبدأ أولاً بأن يعذر المقاول بالتسليم .

ويطلب رب العمل التنفيذ العيني ، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكناً . وإذا كان التسليم يقتضي تدخل المقاول شخصياً ، جاز الالتجاء إلى طريقة التهديد المالي . وإذا كان يمكن الحصول على مثل الشيء ، جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المقاول^(٢) ، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال . ولا يجبر المقاول على التسليم إذا كان العمل فنياً ورأى حتى بعد أن أتمه أنه غير راض عنه كعمل فني أو أدبي وأن تسليمه على الوجه الذي هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية ، فإن تقدير ذلك أمر شخصي موكل إلى رأيه هو ، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض^(٣) .

(١) محمد لييب شنب فقرة ٨٢ .

(٢) دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ١١٠ .

(٣) نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٧ - باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ ÷ ٣٣٦٣ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثلاثاً - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ - ص ١٦٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٧ .

لكن إذا امتنع الفنان عن تسليم عمله دون أن يعلن أنه غير راض عنه ، وكان امتناعه =

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وبخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا ، فتبرأ ذمته من دفع الأجرة ، ويرجع فوق ذلك بتعويض عما أصابه من الضرر . وللقاضي تقدير وجهة طلب الفسخ ، فقد يجد أن المكاوّل قد سلم أكثر العمل وأن ما بقي منه قليل الأهمية لا يبرر الفسخ ، وقد يرى أن يمهّل المكاوّل حتى يقوم بالتنفيذ العيني ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإن له أن يطلب في الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المكاوّل بالتزامه . ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية ، فإن مجرد عدم قيام المكاوّل بالتسليم يعتبر إخلالاً منه بالتزام . ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المكاوّل ، فعدم التسليم ذاته هو الخطأ . ولا تنتفي مسئولية المكاوّل إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفي لانتفاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد ^(١) . وفي غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المكاوّل ، كما قدمنا ، أن يثبت السبب الأجنبي لينفي عن نفسه المسئولية . فإذا كان الإخلال بالتزام هو مجرد التأخر في تسليم العمل بعد إعداده رب العمل المكاوّل بالتسليم ، كان المكاوّل مسئولاً عن تعويض رب العمل عن هذا التأخر ، ما لم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي كأن كانت طرق المواصلات قد تعطلت ^(٢) ، أو أن هذا راجع إلى فعل الغير ، أو إلى خطأ رب العمل نفسه .

= لتعنت أو طمعا في زيادة الأجر ، فإنه يجبر على التسليم (بودرى وقال ٢ فقرة ١٨٧ مكررة ثالثا - قال في تعليقه في سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ٢٠١ - محمد ليب شنب فقرة ٨٥ ص ١٠٣ - انظر عكس ذلك باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٦٥) .

(١) قارن محمد ليب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٤ .

(٢) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٢ م ٤٤ ص ٢٠٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٤٩ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥ - نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ - ١ - ٦٧ (توقفت الملاحظة النهرية بسبب الجليد) - وإذا كان التأخر راجعاً إلى صعوبة في الحصول على المواد اللازمة للعمل لندرتها أو لارتفاع الأسعار ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة ، ويبقى المكاوّل مسئولاً عن التأخر (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ - محمد ليب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٥) : هذا والأشياء التي سلمها رب العمل إلى المكاوّل لاستخدامها في العمل تعتبر أشياء قد سلمت .

كأن يكون هذا قد تأخر في تسليم المواد اللازمة للعمل أو في دفع الأقساط المستحقة أو أمر بإدخال تعديلات اقتضت هذا التأخر . أما إذا كان الإخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلاً ، فإن المقاول لا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما سبق القول . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب عليه دفع التعويض كاملاً . أما إذا أثبت السبب الأجنبي ، فإن مسؤوليته تنتفي ، ويجب البحث فيمن يتحمل التبعة في هذه الحالة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٥٣ - تحمل تبعة هلاك الشيء قبل تسليمه - نص قانوني : تبص

المادة ٦٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة علي من قام بتوريدها من الطرفين . »

« ٢ - أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه ، وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل . »

« ٣ - فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى غيب في المادة التي قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء »^(١)

= إليه « لاستعمالها في أمر معين لنفقة المالك أو غيره » . بحسب نص المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات ، فإذا غيب المقاول نيته من حيازة هذه الأشياء حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية تملكها ، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التهديد (أحمد أمين . في شرح قانون العقوبات الأهل طبعة ثانية ص ٧٧٠ وص ٧٩٧ - محمد مصطفى القلبي في جرائم الأموال ص ٣٧١ - محمد لبيب شنب . فقرة ٨٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وصار رقم النص ٦٩٤ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير في ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥ ، مع ملاحظة أن الهلاك المشار إليه في المادة يشمل السرقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥٠ ص ٥٩ - ص ٦٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤١٧/٥١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : =

والمفروض في تحمل التبعة ، كما يتبين من النص ، أن الشيء لم يسلم إلى رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه ، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائي أثبتته المقاول^(١) . أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم ، فالذى يتحمل التبعة هو رب العمل ، سواء كان هو الذى قدم المادة أو كان المقاول هو الذى قدمها ، ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول^(٢) .

فإذا فرضنا مثلاً أن رب العمل تعاقد مع نجار على صنع أثاث ، أو مع

إذا أحضر الصانع المهمات اللازمة للعمل المأمور به وتلف العمل ، كان تلفه عليه ما لم يسبق تسليم للعمل لصاحبه أو قبوله أو عرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفاً رسمياً . وأما إذا كانت المهمات محضرة من صاحب العمل وكان الصانع مقاولاً على عملها وحصل التلف بسبب قهرى ، فيكون تلف المهمات على المالك وتضيق على الصانع أجرته . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٦٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧١ : في جميع الأحوال التى يقدم فيها الصانع المواد ، لا يكون مسئولاً عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة ، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً في الاستلام ، فتكون المخاطر إذن على الصانع . وفي هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشيء .

م ٦٧٢ : في الحالة التى لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته ، لا يكون مسئولاً عن الهلاك بسبب قوة قاهرة ، ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشيء قد هلك لعيب في المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ذلك أن عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يقع ، كما قدمنا ، على عاتق المقاول ، إذ هو لا يتخلص من المسئولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي (نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللو ١٩٢٥ - ١ - ٢١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤ - دى پاچ ٤ فقرة ٨٧٧ ص ٩٠٢ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٦ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٩٢) .

(٢) ويعدل هلاك الشيء بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم في يد المقاول وهو حابس له حتى حتى يستوفى الآخر ، فالهلاك يكون في هذه الحالة على رب العمل ، لأنه هو الخطيء إذ لم يدفع الأجر فدفع المقاول بخطئه إلى حبس الشيء (محمد ليبب شنب فقرة ٩٥) .

حائلك لصنع ثوب ، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو الحائك الثوب احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب ، أو نفرض أن الأثاث أو الثوب قد سرق ، وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير في جانب المقاول ، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة ، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة . ولبيان ذلك نفرض أولاً أن المقاول هو الذي قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب . فإدام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل^(١) ، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول . فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه ، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً . وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ، لأنه لم يسلم الشيء إليه^(٢) ، وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها ، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل

(١) ذلك أن تقبل العدل يعدل التسليم ، فإذا ذهب رب العمل إلى مكان المقاول وعاین الشيء المصنوع وتقبله ، فإنه يكون في حكم من تسلمه ، وتركه إياه مؤقتاً عند المقاول إنما هو على سبيل الوديعة إلى أن يستولى عليه فيكون الهلاك إذن على رب العمل من حيث المادة والأجر ، ويجب أن يدفع للمقاول الأجر كاملاً كما لو كان قد تسلم الشيء (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٤ - بلانيول وريبيير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٥ - انظر مكن ذلك محمد ليب شنب فقرة ٩٤) : وقد يكون تقبل العمل جزءاً فجزءاً بمجرد إنجاز كل جزء ، ويمتد قرينة على التقبل الجزئي دفع ثمن الجزء الذي أنجز (أوبرى ورواستمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - بلانيول وريبيير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٢) ويذهب القضاء في فرنسا إلى أنه في مقاولات البناء، إذا كان المقاول يبني بمواد من عنده في أرض رب العمل ، فإن المواد تصبح مملوكة لرب العمل بطريق الالتصاق ، ويكون هلاكها عليه إذ إهلاك على المالك (نقض فرنسي ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ١٠٥ - ١٩ يوليو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨ - كولان وكابيتان وبى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩١) . ولكن الفقه الفرنسي وبعض أحكام القضاء تذهب إلى أن التملك بالالتصاق لا يكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض ، ومن ثم فيكون تحمل التبعة قبل التسليم حتى في هذه الحالة على المقاول لا على رب العمل (هيك ١٠ فقرة ٤١٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩١٠ - فقرة ٣٩١١ - أوبرى ورواستمان ٥ فقرة ٢٧٤ ص ٤٠٢ هامش ٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤٩ - نقض فرنسي ٤ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٢١١) .

التسليم كما تقضى القواعد العامة^(١) . ونفرض ثانياً أن رب العمل هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب ، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته ، ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات . أما المادة التى قدمها رب العمل من خشب أو قماش ، فهو الذى يتحمل تبعة هلاكها ، لأنه يبقى مالكا لها وهى فى يد المقاول ، والشئ يهلك على مالكة (res perit domino) كما تقضى القواعد العامة^(٢) .

٥٤ — المهلك بخطأ المقاول : وقد فرضنا فيما قدمناه أن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ . أما إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول — أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشئ فلا يسلمه — فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سالفه الذكر تجعل الهلاك على المقاول لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ولا يسترد نفقاته ، ولا يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ،

(١) وحتى لو كان رب العمل يشرف على المقاول فى العمل ، فلا يزال المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل وهو ما يتميز به عقد المقاولة . فإذا كان الإشراف كاملاً بحيث ينقلب إلى تخضوع أو يصبح العقد عقد عمل ، فلا يزال رب العمل هو الذى يتحمل التبعة ، لأن العامل فى عقد العمل لا تقع تبعة عليه (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٣ ص ١٠٨٦ — بلانيول وزيبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا افترض تاجر المجوهرات ذهباً وأعطاه الصانع يصوغه ، ففرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع . فإن الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب إلى تاجر المجوهرات ، ويبقى هذا مديناً برد مثل الذهب إلى المقرض (باريس ١٧ يولييه سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٦-٢-١٠٢ — أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠١) — ولا يعتبر تتحمل التبعة على هذا النحو من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك وأن يتحمل المقاول التبعة (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٨ — بلانيول وزيبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) . وإذا كان المقاول قد أمن على الشئ ، فإنه يرجع على الشركة بمبلغ التأمين ، ويرجع عليه رب العمل بهذا المبلغ (باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١-٥-٥ — ٢٢ مايو سنة ١٩١١ جازيت دى پاليه ١٩١١-٢-٤٠٢ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٠) .

ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ^(١) .
 وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإن المقاول ، وقد
 هلك الشئ بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم ، لا يأخذ أجراً على عمله ولا يسترد
 نفقاته ، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض
 عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاول^(٢) .

٥٥ - السهم لك بخطأ رب العمل : أما إذا كان الهلاك ، فى المثل الذى
 قدمناه ، بخطأ رب العمل - أو ما يعدل الخطأ بأن يكون رب العمل قد أعذر
 ليتسلم الشئ^(٣) فلم يفعل أو كان سبب الهلاك عيباً فى المادة التى وردها
 للمقاول^(٤) - فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدنى سألقة الذكرتجعل الهلاك
 على رب العمل لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى
 قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر
 بالتسليم ، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملاً للمقاول كما لو كان قد تسلم الشئ ،
 ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك . وإذا كان رب العمل هو الذى
 ورد الخشب أو القماش ، فإنه ، وقد هلك الشئ بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم
 أو كان الهلاك بسبب عيب فى الخشب أو القماش الذى ورده ، يتحمل وحده

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨
 ص ١٦٦ - محمد ليبب شنب فقرة ٨٩ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ - محمد ليبب شنب فقرة ٨٩ -
 وقد يلتزم المقاول بعقد المقاولة أن يحافظ على أمتعة رب العمل ، كما إذا دخل شخص ملعباً وأودع
 معطفه مخزن الأمانات ، فإن قصر المقاول وترتب على تقصيره أن سرق المعطف أوضاع ، كان
 مسئولاً عن تعويض رب العمل (باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٨ -
 أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٩) .

(٣) أو أعذر أن يعاينه ليقبله ، فهذا يعدل الإعذار بالتسليم (بلانيول وريبير ورواست ١١
 فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٤) وذلك ما لم يكن المقاول قد علم أو ينبغى أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة ،
 مثل ذلك البيطار يضع للحصان حذوة معينة قدمها له صاحب الحصان . ففى هذه الحالة لا يكون
 رب العمل مخطئاً ، ويتحمل المقاول التبعة وحده وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها (بودرى وقال ٢
 فقرة ٣٩٠٦ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ - ١ ص ٤٠٢ هامش ٨ - بلانيول وريبير
 ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٢ -
 أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٠ - فقرة ١١٢ - محمد
 ليبب شنب فقرة ٩٠ ص ١٠٧ - نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ -
 ٧٦) - وانظر آنفاً فقرة ٤١ .

هنا أيضاً الخسارة ، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول ، ولا يرجع بشيء عليه عن الحشب أو القماش الذى ورده له .

المبحث الثالث

الضمان

٥٦ - مسألتاه : وضع القانون أحكاماً خاصة فى ضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشيدھا ، لما لذلك من أهمية خاصة ، فنستعرض أولاً أحكام الضمان بوجه عام ، ثم نستعرض هذه الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

المطلب الأول

الضمان بوجه عام

٥٧ - ضمان المقاول للمادة التى يقرمها - إمامة : قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدنى تنص على أنه « إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » . وقررنا أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفّل له رب العمل وجودها فيه ، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

٥٨ - مسؤولية المقاول عن المادة التى يقرمها رب العمل - إمامة :

أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فبدیهى أن المقاول لا يكون ضامناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية ، لأنه لم يبيعها لرب العمل بل رب

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .

العمل هو الذى قدمها وهو المالك لها منذ البداية . ولكن قدمنا أن المقاول إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة التى قدمها رب العمل لاتصلح معها للغرض المقصود ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وذكرنا النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه فى هذا المعنى ، وهو نص المادة ٨٦٩ الذى جرى على الوجه الآتى : « ١ - إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ - فإذا أهمل فى الإخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج » . ونحيل هنا أيضاً إلى ما سبق أن قدمناه هناك^(١) .

٥٩ - ضمان المقاول للعيب فى الصنع : فإذا تركنا المادة سواء قدمها

المقاول أو قدمها رب العمل ، واقتصرنا على العمل الذى قام به المقاول ، فهل يكون هذا الأخير ضامناً لجودة العمل ، وإلى متى يبقى هذا الضمان ؟ لاشك فى أن المقاول يكون مسئولاً عن جودة العمل ، وقد قدمنا أنه يلتزم بإنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المفاوضة وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول^(٢) . فيكون المقاول إذن مسئولاً عن كل عيب فى الصنع (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولاً عنه^(٣) . فإذا وقع عيب من ذلك ، وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

(٣) دى پايج ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٦ - ومن ثم يكون المهندس المعماري مسئولاً عن العيب فى التصميم الذى وضعه إذا لم يراع فيه القيود والاشتراطات التى تفرضها القوانين والقرارات الخاصة بالبناء ، كتحديد أقصى ارتفاع وكترك المسافات اللازمة (مصر الكلية الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ الحمامة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢ - دلفو فقرة ٢٤٨ ص ٢٠٥ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٠) . ويجب أن يكون العيب قديماً ، أى موجوداً فى الشيء قبل أن يتسلمه رب العمل ، فإذا طرأ بعد التسليم لم يكن المقاول مسئولاً عنه (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٩) .

الشيء أو قبل أن يتقبل العمل ، فقد قدمنا أن له أن يطلب التنفيذ العيني أى إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ ، كما أن له أن يطلب التعويض في الحالتين إذا كان له محل^(١) . أما إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل قبل أن يكشف العيب ، ثم كشفه بعد ذلك ، فإلى أية مدة يبقى المقاول ملزماً بالضمان ؟ لا يوجد نص في هذه المسألة على مثال النص الوارد في ضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت التي يقومان بتشييدها ، وهو النص الذي سنتولى بحثه فيما يلي ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه القواعد تقضى بوجوب التمييز بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون العيب في الصنعة واضحاً يمكن للشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه . وفي هذا الفرض إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيماً ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب ، مادام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه ، أو في القليل أنه كان يمكن أن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادي في كشفه^(٢) . ومن ثم ينقضى ضمان المقاول للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو قبله العمل^(٣) .

(الفرض الثاني) أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب في الصنعة ، فلم يستطع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل . وفي هذا الفرض يكون المقاول مسئولاً عن غشه ، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان ، أى بإصلاح العيب

= ورب العمل هو الذي يقع عليه عبء إثبات العيب ، فإذا أثبتته لم يكن ملزماً بإثبات أن هذا العيب نشأ عن خطأ من المقاول ، فإن ضمان العيب التزام بتحقيق غاية ، فوجود العيب هو ذاته الخطأ ، ولا يستطيع المقاول نفي المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي (مازو ٣ فقرة ١٣٥٧ ص ١١١٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤ .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

(٣) ديفرچيه ٢ فقرة ٣٦٤ - جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص ٣٦٠ - بودرى وقال ٢

فقرة ٣٩٤٦ ص ١١٠٨ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٢

ص ١١٢٣ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٧ - ص ١١٨ .

مع التعويض^(١) أو بالفسخ مع التعويض^(٢)، خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، لأن المكاوول يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية^(٣) ودعوى المسئولية تسقط بالتقادم بثلاث سنوات من وقت علم المصاب بوقوع الضرر، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أى من يوم إخفاء العيب غشاً (م ١٧٢/١ مدنى).

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسليم أو تقبل العمل، ولم يخفه المكاوول غشاً عن رب العمل، ففي هذا الفرض يبقى المكاوول ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة، لأن العرف فى عقد المكاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان^(٤). وقد يستخلص من سكوت رب

(١) وذلك إذا كان هذا ممكناً (دافيد فى رسالته عقد الاستصناع ص ١٣٤ - محمد لبيب شنب- فقرة ١٠١ ص ١١٦). وإذا كان التنفيذ العيى أى إصلاح العيب مرهقاً للمكاوول، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقاً لأحكام المادة ٢/٢٠٣ (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦).

(٢) ولا يلتزم القاضى بإجابة رب العمل إلى الفسخ، إذ قد يكون العيب ليس من الخطورة بحيث يبرر الفسخ، فيكتفى القاضى بالحكم بالتعويض (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦).
(٣) جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧ - وقد يستخلص من سكوت رب العمل، ولو قبل انقضاء مدة التقادم، مع علمه بالعيب، أنه نزل بذلك نزولاً ضمناً عن دعوى الضمان (جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧).

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص ١١٣٢ - أنسيكلوبيدى داللو ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٥ - فقرة ١١٧ - نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ - ٢ - ٢٠ - ٤ يناير سنة ١٩٥٨ داللو ١٩٥٨ - ٤٥٧ - وقارن جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص ٣٦٠ - ٣٦١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص ١١٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٧ - دى پاچ ٤ فقرة ٨٩٢ ص ٩١٩ - دلفو فقرة ٢٠٢ ص ١٦٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٤ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ - نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ داللو ١٩٤٧ - ٢٨.

وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٩٠٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١ - على رب العمل، فى المكاولات الصغيرة، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل. ٢ - أما فى المكاولات الكبيرة، فإن دعوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد =

العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنياً عن دعوى الرجوع بالضمان على المقاول (١).

= من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسؤولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد ، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب . وقد حذفت في لجنة المراجعة الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسؤولية عن العيوب التي تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولاً ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التي تستند إلى القانون العام ثانياً (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ نص ٣٠ - ص ٣١) - هذا وتنص المادة ٨٧٥ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - متى تم تسليم العمل فعلاً أو حكماً ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق . ٢ - أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك ، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل » . انظر أيضاً نفس النص وارداً في المادة ٨٧٤ من المشروع التمهيدي في مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦ ، وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزام بضمان المقاول للعيب الخفي لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أي أن يكون موجوداً قبل تسليم رب العمل للشيء ، وهذا بخلاف ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء فإن هذه العيوب لا يشترط فيها القدم ، بل يضمنها المهندس والمقاول حتى لو طرأت بعد تسليم البناء في خلال عشر سنوات كما سيأتي (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٣) .

(١) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

وقد أورد تقنين الموجبات والعقود البنائي عدة نصوص في ضمان المقاول لعيب الصنعة ، وهذه هي :

م ٦٦٤ : يجب على الصانع في جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التي تنجم عن عمله . وتطبق على هذا الضمان أحكام المواد ٤٤٢ و ٤٤٦ و ٤٤٩ .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يردّه في الأسبوع الذي يلي التسليم وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ - أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً . ٢ - أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ - أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من صنعه - ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أدائه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر - وإذا كان صاحب الأمر هو مقدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥ تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و ٣ المتقدمين .

م ٦٦٦ : إذا استلم صاحب الأمر مصنوعاً يشتمل على عيب أو تعوزه إحدى الصفات المطلوبة ، وكان مع ذلك عالماً بما فيه من العيوب ولم يردّه أو لم يحتفظ بحقوقه طبقاً لأحكام المادة =

والأحكام المقدمة الذكر ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول ، فلا تتقدم دعوى الضمان مثلاً ولو كان العيب واضحاً إلا بمضي ثلاث سنوات أو خمس . أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند تسلمه الشيء أو تقبله العمل ، ويقرر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر في العمل عيب ولو كان هذا العيب واضحاً^(١) . كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسليم رب العمل الشيء أو تقبله العمل ولو كان العيب خفياً ، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ منه جسيم . وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعماري والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء ، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سيأتي^(٢) . وقد كانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى تنص صراحة في هذا المعنى على ما يأتي : « ١ - في المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن العيب ، أو أن يحد من مسؤوليته عن ذلك ، ولكن هذا الشرط يكون باطلاً إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر . ٢ - أما في المقاولات الكبيرة ،

= السابقة ، فيصح عندئذ تطبيق المادة ٦٣٤ فيما يختص بالمهلة التي يجوز له فيها تقديم الاعتراض إذا لم يثبت أنه كان عالماً بتلك العيوب .

م ٦٦٧ : ينتفى الضمان المنصوص في المادة ٦٦٣ وما يليها إلى المادة ٦٦٥ إذا كان سبب العيب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافاً لرأى المقاول أو الصانع .

(١) وفي هذه الحالة يكون لرب العمل الرجوع بضمن العيب في المدة التي يتفق مع المقاول عليها ، وإذا لم يكن هناك اتفاق في مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف الحرفة . والأولى أن يحتاط رب العمل وهو يتحفظ ، فيتفق مع المقاول على مدة معينة يستطيع في خلالها الرجوع عليه بضمن العيب . ولا يوجد ما يمنع ، كما قدمنا ، من أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدماً ، في عقد المقاول ذاته ، على مدة معينة يستطيع رب العمل فيها الرجوع بضمن العيب بعد تسلمه الشيء أو تقبله العمل (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) . ولرب العمل فوق ذلك ، حتى لو لم يتفق مع المقاول على مدة معينة ولم يتحفظ ، أن يطلب مراجعة الحساب الذي قدمه المقاول لوقوع خطأ فيه أو غش (باريس ٢٩ يولييه سنة ١٩٢٩ جازيت دي تريبيينو ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) .

(٢) انظر مايل فقرة ٧٥ .

فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان . وقد حذفت الفقرة الأولى وعبارة « أما في المقاولات الكبيرة » الواردة في صدر الفقرة الثانية في لجنة المراجعة « لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة » ، وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعماري والمقاول ، وجعل أحكام هذا الضمان وحده من النظام العام ^(١) .

المطلب الثاني

ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء(*)

- ٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :
- « ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهمد ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .
- « ٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .
- « ٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .
- « ٤ - ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن » ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٨ - ٣٠ .

(*) انظر في هذا الضمان - عدا المراجع العامة - الرسائل والدراسات الآتية : Fraissangea رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - Lablond رسالة من ليل سنة ١٨٩٣ - Gallie رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Gallot رسالة من رن سنة ١٩١٠ - Frank رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Eptimiu رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - Corberand رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Penanrum في المهندسين المعماريين وعلاقاتهم برب العمل وبالمقاول وبالغير باريس سنة ١٨٩٢ - Robert et René Lecourt في مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين سنة ١٩٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المواد ٨٩٥ و ٨٩٦ و ٨٩٧/٣ من المشروع -

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٩/٥٠٠ (١)

== التمهيدى على الوجه الآتى : م ٨٩٥ - ١ - يضمن المهندسون المعماريون والمقاولون ما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، سواء لحق الهدم كل الأعمال أو بعضها ، وذلك حتى لو كان الهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن قد أجاز منشآت أراد المتعاقدان أن تبقى مدة أقل من عشر سنين . ٢ - وتبدأ مدة العشر السنين من وقت تمام العمل وتسلمه . ٣ - ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين من الباطن - م ٨٩٦ - ١ - يشمل الضمان المنصوص عليه في المادة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت الكبيرة التي في حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ - أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملازمة في ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فني ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية - م ٨٩٧/٣ - إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كافاً متضامنين في المسئولية . وفي لجنة المراجعة نقلت المادة ٨٩٧/٣ إلى الفقرة الأولى من المادة ٨٩٥ حيث نص على التضامن ، وأضيفت الفقرة الأولى من المادة ٨٩٦ إلى المادة ٨٩٥ لتكون فقرة جديدة فيها ، وحذفت الفقرة الثانية من المادة ٨٩٦ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فأصبح النص بذلك متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن العيب الذي يوجد في الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولاً عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولاً عن العيب الذي يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه . ثم استفسر عما إذا كانت هذه المسئولية الاستثنائية تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة في أن هذه المسئولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس من الناحية الفنية ، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما . وأقرت اللجنة النص ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أقيمت المادة على أصلها مع تعديلات لفظية أصبحت معها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد مع التفسير التالي : تواجه الفقرة الأولى حالة وقوع الهدم الكلى أو الجزئي خلال عشر سنوات وهي تطابق في حكمها حكم القانون الحالي (السابق) . أما الفقرة الثانية فتأتى بحكم جديد ، فلا تبني المسئولية على الهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات ، بل تضع أساس المسئولية على وجود عيب في البناء يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته مادام هذا العيب يظهر في خلال عشر سنوات ولو لم يقع تهدم بالفعل في ظرف هذه المدة . وأصبح رقم المادة ٦٥١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩ - ص ٢٤) .

(١) التقنين المدني القديم م ٤٠٩/٥٠٠ : المهندس المعماري والمقاول مسئولان مع التضامن

عن خلال البناء في مدة عشر سنين ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض أو كان المالك أذن في إنشاء أبنية معيبة ، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معداً في قصد المتعاقدين لأن يمكن أثباته من عشر سنوات .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٦١٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٦٨ (١) .

والنص كما نرى يعرض لضمان المهندس المعماري والمقاول التهدم أو العيوب التي تصيب ما أقامه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى . ونظراً لخطورة تهدم المباني أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير ، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت (٢) . فالضمان هنا ضمان خاص مقصور على دائرة معينة . وهذه

= (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد ، إلا أن التقنين المدني الجديد يجعل الضمان شاملاً للتهدم والعيوب معاً كما هو شامل للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٠ (موافق - فيما عدا أن التقنين العراقي يقصر الضمان على التهدم الكلي أو الجزئي دون أن يذكر العيب ، وذلك إذا وقع التهدم خلال خمس سنوات ، لا خلال عشر سنوات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٦٨ : إن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسئولين في مدة السنوات الخمس التي تلي إتمام البناء أو المنشأ الآخر الذي أداروا أعماله أو قاموا بها إذا تهدم ذلك البناء كله أو بعضه أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم أو عيب في البناء أو في الأرض . . . وتبتدئ مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل . . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن الضمان في التقنين اللبناني مقصور على تهدم البناء أو تداعيه للسقوط ولا يشمل العيب ، وأن مدة الضمان في هذا التقنين خمس سنوات ، لا عشر سنوات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

(٢) وبخاصة أنه يغلب أن يكون رب العمل رجلاً غير فني وغير خبير بصناعة البناء ولا بهندسة المعمار ، فأراد المشرع حمايته من المتعاقد معه وهو رجل فني خبير ، مهندساً كان أو مقاولاً . ومن هنا كانت أحكام الضمان التي تؤكد هذه الحماية معتبرة من النظام العام كما سنرى (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٥ - بيزوس ص ٦٥ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٤ ص ١٢١) . هذا إلى المباني والمنشآت الثابتة لا تظهر في العادة عيوبها إلا بعد مدة قد تطول ، وقد قدرت المدة بعشر سنوات جرياً على تقاليد القانون الفرنسي ومن قبله القانون الروماني (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٥) .

الدائرة تتحدد بتحديد طرفي الضمان وسببه . فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه ، وجب أن نبين جزاء هذا الضمان ، وأن نبين في الوقت ذاته الظروف التي ينتفي أو لا ينتفي فيها الضمان .

فهذه مسائل أربع نبحثها متعاقبة : (١) طرفا الضمان . (٢) سبب الضمان . (٣) جزاء الضمان . (٤) انتفاء الضمان .

§ ١ - طرفا الضمان

٦١ - طرفا الضمان هما طرفا عقد مقارن محلها منشآت ثابتة : حتى يمكن

أن يتحقق الضمان ، يجب أن يكون هناك عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة .

فيجب إذن أن تقع المقاوله على منشآت ثابتة . وعلى رأس المنشآت الثابتة المباني من أى نوع كان . فالمنازل والقيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد ، كل هذه مبان يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة ، بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالحصير كما هو الأمر في « كباين » الاستحمام التي تشيد بالخشب وفي « عشش » رأس البر التي تشيد بالحصير ، والمهم أن يكون البناء مستقراً ثابتاً في مكانه ، لا يمكن نقله دون هدمه^(١) . فالأكشاك والمنازل القابلة للقلع والكيب والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مبني^(٢) . وإلى جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . من ذلك الجسور (الكبارى) والقناطر والسدود

(١) ومع ذلك فالمصعد ، وهو يرتفع ويهبط ، يعتبر في حكم الثابت في مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه ، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة . ولكن العقار بالتخصيص لا يعتبر من المنشآت الثابتة إذ هو في طبيعته منقول غير ثابت ، فيكون ضمانه وفقاً للقواعد العامة (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٩) .

(٢) دلفو فقرة ٢٠٤ ص ١٧٠ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٥ هامش ٢ - ولا تدخل أعمال البياض والدهان ولا أعمال الزخرفة (décor) ، لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٤) . وتدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني ، وهي الأجزاء التي تعتمد عليها سلامة المباني ومتانها (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٦) .

والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية و « المزلقانات » وأجهزة التكييف المركزية والمداخن . واختلف في حفر الآبار وشق الترع والمصارف والقنوات ورصف الطرق ، فرأى يذهب إلى أن هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل تشييد المباني والمنشآت الثابتة^(١) ، ونذهب مع رأى آخر إلى أن هذه الأعمال وإن كانت ليست بمبانٍ إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة ولا يتحتم في المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو في مستواها^(٢) . ويخرج بداهة المنقول كالسيارات والسفن والعوامات والذهبيات ، فهذه لا تعتبر منشآت ثابتة لأنها ليست عقاراً .

ويجب أن يكون العقد الواقع على المنشآت الثابتة هو عقد مقاوله . فإذا كان بغير أجر ، لم يكن عقد مقاوله بل هو عقد غير مسمى ولا يترتب عليه الضمان ، وإنما تسرى في شأنه القواعد العامة ، ويكون من قام بالعمل مسئولاً المسئولية التي تقضى بها هذه القواعد^(٣) . وإذا كان بأجر ولكن من يقوم بالعمل يخضع لإشراف رب العمل وتوجيهه ، فليس العقد مقاوله بل هو عقد عمل ، ولا يترتب عليه ضمان عقد المقاوله بل التزامات العامل في عقد العمل^(٤) . فإذا كان العقد مقاوله ترتب الضمان ، ويستوى في ذلك أن يكون الأجر مقدراً جزافاً أو مقدراً بسعر الوحدة^(٥) ، أو أن يكون الأجر مقدراً بحسب أهمية

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢١ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٦ ص ٤٩٩ - توفيق فرج مذكرات ص ٣٥ - وانظر في ضمان رصف ساحة التزلج (piste de patinage) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧١ .

(٣) ولما كان العقد هنا من عقود التبرع ، فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولاً إلا عن النش والخطأ الجسيم (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٠ - الجزائر ٢٥ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣ - ٢ - ١٠ - قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٢ - ص ١٢٣ . وانظر عكس ذلك دلفو فقرة ٢٣٢ ص ١٩٤) .

(٤) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٢١٢ ص ٥٦٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٢٠٥ ص ١٢٣ .

(٥) أما القانون الفرنسى فيميز بين ما إذا كان الأجر مقدراً جزافاً (م ١٧٩٢ مدنى فرنسى) وعند ذلك يجوز أن يتحقق الضمان ، وأما إذا كان مقدراً بسعر الوحدة فلا ترتب على المقاوله هذا الضمان الخاص بل تسرى القواعد العامة في الضمان . والسبب في هذا التمييز يرجع إلى أن =

العمل أو كان أجراً ثابتاً يعطى للمهندس أو المقاول طول مدة العمل^(١).

٦٢ — **المربين بالضمان** : والذي يترتب في ذمته الضمان هو المهندس المعماري والمقاول في عقد المقاولة الذي سبق أن حددناه . فالمهندس المعماري (architecte) هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت ، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعته حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه^(٢) . ولا يشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في هندسة المعمار ، فإدام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعماري فهو ملتزم بالضمان . وعلى ذلك يكون ملتزماً بالضمان أى مهندس ، ولو كان مهندساً ميكانيكياً أو كهربائياً ، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعماري . بل إن المقاول الذي لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل ، إذا وضع التصميم ، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري ، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان^(٣) . وإذا تعدد المهندسون المعماريون ،

= المشرع الفرنسي قدر أن الأجر إذا قدر جزافاً فإن هذا يكون مدعاة للمقاول أو للمهندس إلى الحرص والتفتير حتى يخرج بأكبر مكسب ممكن ولو على حساب جودة العمل فيكون احتمال وجود العيب أكبر ، ومن ثم أوجب هذا الضمان الخاص الذي تشدد فيه عما تقضى به القواعد العامة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ هامش ٢٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٤ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٩) .

هذا ويشتمل التقنين المدني الفرنسي ، إلى جانب المادة ١٧٩٢ ، على المادة ٢٢٧٠ . والنصان يعرضان لمسألة واحدة ، هي ضمان المقاول والمهندس لعيوب البناء مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل . غير أن هناك فروقاً واضحة بين النصين . فالنص الأول يقتصر على المقاولة التي يكون الأجر فيها مقدراً جزافاً ويكون محل المقاولة بناء تهدم ، أما النص الآخر فلا يميز بين الأجر الجزاف والأجر بسعر الوحدة ولا يقتصر على بناء تهدم بل يمتد إلى الأعمال الكبيرة gros ouvrages ويوجب الضمان لا للتهدم وحده بل أيضاً لجرد عيب في الصنعة (انظر في هذه الفروق كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٦ وفقرة ١١٠٠ وفقرة ١١٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٧٦ وما بعدها) .

(١) دلفو فقرة ٢٣١ ص ١٩٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ .

(٢) انظر في واجبات المهندس المعماري في فرنسا أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Architecte فقرة ٤٥ - فقرة ٦١ .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٣ ص ١٠٩٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة =

كان كل منهم ملتزماً بالضمان في حدود العمل الذي قام به .
 والمقاول هو الذي يعهد إليه في إقامة المنشآت الثابتة . ويستوى أن تكون
 المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل ،
 ففي الحالتين يلتزم بالضمان . كذلك ليس من الضروري أن يكون مقاول واحد
 هو الذي أقام المنشآت ، بل يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل ،
 فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف
 وحيطان وغير ذلك ، وإلى مقاول ثان بأعمال النجارة ، وإلى ثالث بأعمال
 الحدادة ، وإلى رابع بالأعمال الصحية ، وإلى خامس بأعمال الدهان والبياض ،
 وهكذا . فكل من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها ،
 ويكون ملتزماً بالضمان في هذه الحدود^(١) . وقد يستخدم المقاول مساعدين
 يعاونونه فيما يقوم به من أعمال ، فيكون مسئولاً عن أعمالهم ، ويلتزم بضمان
 هذه الأعمال كما لو كان هو الذي قام بها ، حتى لو كان هؤلاء المساعدون
 لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم في مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا
 مقاولين من الباطن^(٢) .

٦٣ — الدائن بالضمان : والذي يطالب بالضمان في عقد المقاولة الذي

= ٩٥٢ ص ١٩٥ — دلخو فقرة ٢٣٤ ص ١٩٥ — أنسيكلوبيدي داللو ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٢ —
 مجلس الدولة الفرنسي ٥ يونيو سنة ١٨٩١ داللو ٩٢ — ٣ — ٩٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٩٤ سيرييه
 ٩٦ — ٣ — ٦ — وقد كان المقاول في القديم هو الذي يضع عادة التصميم وينفذه في الوقت ذاته ،
 فكان يقوم بمهمتي المقاول والمهندس المعاري معاً ، ويتبين ذلك في لغة التقنيين المدني الفرنسي
 فهو عندما يستعمل لفظ المقاول ولفظ المهندس المعاري يقصد شخصاً واحداً هو المقاول الذي
 يقوم بعمل التصميم وينفذه (*Minvielle* في مهنة المهندس المعاري فقرة ٧٠ وما بعدها — كولان
 وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٢ — أنسيكلوبيدي داللو ١ لفظ *Architecte* فقرة ١
 و ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ٧٥) .

(١) بودري وقال ٢ فقرة ٣٨١٩ ص ١٠٩٤ — أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ —
 ص ٤١٤ — أنسيكلوبيدي داللو ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٤ — محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥
 ص ١٢٤ — وحتى العامل البسيط إذا اشتغل في البناء لحسابه مستقلاً عن رب العمل ، فإنه يعتبر
 مقاولاً ، ويجب في ذمته الضمان (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩١٩ ص ١٠٩٥ و فقرة ٣٩٣٣ —
 بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ — أنسيكلوبيدي داللو ٢ لفظ *Entreprise* فقرة
 ١٢٥ — ومع ذلك انظر جيوار ٢ فقرة ٨٦٣ .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٤ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ .

حددناه هو رب العمل في هذا العقد . فهو الذى يصاب بالضرر من جراء تدهم البناء أو من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها ، فيرجع بالضمان على المهندس المعماري أو على المقاول أو على ما معاً متضامنين كما سنرى .

وإذا مات رب العمل ، حل محله في المطالبة بالضمان ورثته . كذلك يجوز للدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان . وكما يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف العام والدائنون ، كذلك يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف الخاص . فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه ، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته ، جاز للمشتري أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول . ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبنى إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات . ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب ، وفي هذه الحالة يكون للبائع - وهو رب العمل - أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان ، وله أن يدخلهما ضامين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري (١) .

ولكن رب العمل لا يكون دائناً بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن . فإذا تعاقد المقاول مع مقاول من الباطن على الأعمال الصحية أو على أعمال النجارة مثلاً ، وتسلم هذه الأعمال من المقاول من الباطن ، لم يكن هذا الأخير ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل في هذه الحالة إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة . ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لم يكن المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضى بها عرف .

(٧) ويرجع الخلف الخاص على المهندس أو المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف ، كما لو كان موهوباً له وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب ، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على المهندس أو المقاول ، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع الموهوب بعقد الهبة (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٥ وفقرة ٣٩٥٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦١ - دى پايج ٤ فقرة ٩٠٢ ص ٩٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٤ ص ٥٠٩ - محمد لييب شنب فقرة ١٠٦ ص ١٢٤) .

الحرفة ، فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات . والسبب في ذلك أن الضمان الخاص الذي نحن بصددده ، وهو ضمان مشدد ، قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس . فرب العمل يكون عادة رجلاً غير فني وغير خبير ، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة . وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن ، ويكفي في حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء^(١) . وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا : « ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن »^(٢) .

(١) وقد قيل في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ما يأتي : « أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ، فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣ - انظر آنفاً فقرة ٦٠ في الهامش) - ولا يوجد في التقنين المدقّق الفرنسي نص في هذا المعنى ، ولكن القضاء يجري على هذا المبدأ (نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ - ١ - ٥٠٢ - فانسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ٢ - ٣٥٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٦ - عكس ذلك كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٥) .

(٢) كذلك لا يلتزم المقاول من الباطن بالضمان نحو رب العمل إذ لا توجد علاقة عقدية بينهما (مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١١٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ - عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٩١٨) . والذي يلتزم بالضمان الخاص المشدد نحو رب العمل هو المقاول الأصلي ، فيكون ضامناً عمل المقاول من الباطن ، وقد رأينا أن المقاول يلتزم بضمان أعمال مساعديه ولولم يعتبروا من أتباعه كما هو الأمر بالنسبة إلى المقاول من الباطن (انظر آنفاً فقرة ٦٢) . ويرجع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان المشدد ، حتى لو كان هذا قد نزل عن المقاول لآخر مادام رب العمل لم يقبل هذا النزول ولم يبرئ ذمة المقاول الأصلي (دلفو فقرة ٢٣٦ ص ١٩٧ - مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١٣٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣) . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان ، فإن المقاول الأصلي ، إذا تسلم العمل من المقاول من الباطن ولم يعترض فغطى بذلك مسئوليته ، لا رجوع له على المقاول من الباطن بسبب رجوع رب العمل عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

§ ٢ - سبب الضمان

٦٤ - متى يحق الضمان : يتحقق الضمان إذا قام سببه . ر سبب الضمان
إما أن يرجع إلى البناء ، وإما أن يرجع إلى التصميم ، ويجب في جميع الأحوال
أن يقوم خلال عشر سنوات من وقت تسليم العمل . فنبحث إذن هذه المسائل
الثلاث .

٦٥ - سبب الضمان يرجع إلى البناء : تقول المادة ٦٥١ مدني كما رأينا
إن الضمان يشمل ما يحدث في المنشآت من تهمد كلي أو جزئي ولو كان التهمد
ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، كما يشمل ما يوجد في المنشآت من عيوب
يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

فإذا تهدم البناء كله أو جزء منه ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة
كما سنرى ، فالمفروض أن تهدم البناء يرجع إلى عيب في الصنعة أو في التصميم
أو في الأرض ، ويكون الما قول - ومعه المهندس المعماري عند الاقتضاء -
ملتزماً بالضمان :

وليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو بعضه ، بل يكفي أن يظهر
فيه عيب يترتب عليه الضمان^(١) ، والعيب إما أن يكون في المواد التي استعملت
في البناء^(٢) ، كأن تكون غير صالحة ، أو تكون مخالفة للمواصفات والشروط
المتفق عليها ، أو تكون من نوع رديء لا تسمح به أصول الصنعة^(٣) . وإما أن
يكون العيب في الصنعة نفسها ، كأن يكون الأساس غير متين أو غير كاف
لإقامة البناء عليه ، أو تكون الحيطان أو الأسقف أو الأرضيات ليست في السمك
الواجب أو وقع في تشييدها خلل^(٤) . وإما أن يكون العيب في الأرض التي قام

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨ .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ .

(٣) وذلك كاستعمال خشب من نوع رديء في أرضية البناء (دلتو فقرة ٢٠٩ ص ١٧٦ -

محمد ليب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .

(٤) وقد يكون العيب هو عدم مراعاة الاحتياطات الواجبة عند البناء للوقاية من الحريق

(نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ سيرييه الموجز ١٩١٤ - ١ - ٩٢ - بلانيول وريبير

ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤) ، أو عدم مراعاة أصول الصنعة (استئناف مختلط ٣ يناير

سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٨) .

عليها البناء ، كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التي تملها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة^(١) . وسواء كان العيب في المواد أو في أصول الصناعة أو في الأرض ، فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان : (الشرط الأول) أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته . فإذا كان العيب مثلاً في الدهان أو في البياض أو في البلاط أو في الأبواب أو في النوافذ أو في الزجاج أو في غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو متانته ، فإنه لا يوجب الضمان ، وتسرى في شأنه القواعد العامة فتنتفي المسؤولية بتسليم العمل إلا إذا كان خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ - ويجب أن يكون العيب في الأرض بحيث يمكن كشفه بالفحص الفني الدقيق . فإذا كان لا يمكن كشفه حتى بعد الفحص الفني الدقيق ، فإنه لا يترتب عليه الضمان ، ويكون في حكم القوة القاهرة . وقد استفسر في اللجنة التشريعية لمجلس النواب « عن العيب الذي يوجد في الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولاً عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولاً عن العيب الذي يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ، ولا يكون المهندس مسئولاً عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣ - وانظر آنفاً فقرة ٦٠ في الهامش) - وانظر بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ - Fraissinge فقرة ٧٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ - فإذا وجد تحت الأرض أطلال أثرية في منطقة لا يعرف أن بها آثاراً ، ولم يكن المهندس أو المقاول يستطيع أن يعلم ذلك ، فإن هذا العيب في الأرض يعتبر بمثابة قوة القاهرة (محمد لبيب شنب فقرة ١١٣ ص ١٣٦ - ص ١٣٧) . وإذا كانت الأعمال التي يقوم بها المقاول لا تستدعي فحص الأرض للكشف عن عيوبها ، كما في أعمال الزخرفة ، فإن المقاول لا يكون مسئولاً عن عيب في الأرض أو في البناء الذي يقوم بزخرفته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ : وقد قدمنا أن أعمال الزخرفة لا يتحقق في مقاولاتها الضمان الخاص المشدد لأنها ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته انظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) . وإذا كانت حقيقة الأرض معروفة ، كما هو الأمر في بناء رصيف على جانب ضفة النيل ، فإن المقاول يكون مسئولاً إذا هو لم يجر الاختبارات اللازمة في مثل هذه الحالة للبناء على أساس صلب (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣) .

ويستوى أن يكون رب العمل هو الذي قدم الأرض كما هو الغالب ، أو قدمها المقاول . ولا يقال في هذه الحالة الأخيرة إن العقد يبيع محض كما ذهب بعض الفقهاء (ترولون ٢ فقرة ١٠١٥) ، بل لا يزال العقد ينطوي على عنصر المقاولة ، فيقوم ضمان المقاولة لا ضمان البيع (ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٥٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦) .

الصناعة^(١) . (والشرط الثاني) أن يكون العيب خفياً . فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد ، فإن تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعتبر نزولاً منه عن الضمان^(٢) ، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩ - لوران ٢٦ فقرة ٤٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٦ - عكس ذلك كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠١ - ويقطع في ذلك أن المشروع التمهيدى كان صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يشمل الضمان المنصوص عنه في المادة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت الكبيرة التي في حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ - أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملازمة في ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغي أن تكون عليه من جمال فني ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠ - وانظر آنفاً فقرة ٦٠ في الهامش) .

(٢) بشرط أن يكون التسلم نهائياً ، أما التسلم المؤقت فلا يمنع رب العمل من الرجوع بالضمان (دلفو فقرة ٢١٣ ص ١٧٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .

(٣) نقض فرنسي دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٥ - نقض فرنسي ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٣٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ سيرييه ١٩٢٩ - ١ - ١٢٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٧ - عكس ذلك بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ و ص ٤١١ - دى پاچ ٤ فقرة ٨٩٤ ص ٩٢٥ - مازو في المسئولية ٢ فقرة ١٠٥٢ - دروس في القانون المدني ٣ فقرة ١٣٧٠ ص ١١٣١ .

وكالعيب الظاهر العيب المعلوم من رب العمل ، فإن هذا إذا تسلم العمل وهو عالم بالعيب لا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان . وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العيب يجب أن يكون خفياً وغير معلوم من رب العمل ، وقد قضت المحكمة في هذا المعنى بأن عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقابلة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه ، يعتبر - بحسب الأصل - منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقابلة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها . ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى في البناء خللاً في متانته ، وأن يكون خفياً بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسليم ، أما ما كان ظاهراً معروفاً فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ =

ومتى تحقق سبب الضمان الذى يرجع إلى البناء على الوجه الذى قدمناه ، فإن المقاول الذى قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان . ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس المعماري إذا عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل^(١) ، ويكون المقاول والمهندس المعماري في هذه الحالة متضامنين في الالتزام بالضمان . والتضامن هنا بصريح النص ، فقد جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني كما رأينا : « يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ... »

= بحق له (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ - محمد كامل مرسي فقرة ٥٩٧ ص ٤٩٩) - وقارن دلفو فقرة ٢٠٧ ص ١٧٤ - جالي ص ٧٢ - ص ٧٣ - بيزوس ص ٧٥ (ويرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يشترط أن يكون العيب خفياً مادام يهدد سلامة البناء أو مآلته ، والتسليم لا يكفي لتغطية العيب الظاهر لأن أحكام الضمان من النظام العام فلا يجوز لرب العمل النزول عن حقه في الضمان . وقد رد الأستاذ محمد لبيب شنب على هذا الاعتراض بحق بأن النزول ولو كان ضمناً جائز بعد تحقق سبب الضمان ، والممنوع هو أن ينزل رب العمل مقدماً وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع : محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨ هامش ١) .

ولا يشترط أن يكون العيب قديماً ، أى أن يكون موجوداً قبل التسليم . فسواء كان موجوداً قبل التسليم ، أو وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس الخشب ثم ظهور العيب ذاته بعد التسليم ، أو طرأ أصلاً بعد التسليم ، فإن رب العمل يزج بالضمان في جميع هذه الأحوال . أما القواعد العامة فقد كانت تقضي بأن الضمان لا يكون إلا إذا كان العيب (أو جرثومته على الأقل) موجوداً قبل التسليم ، والعيب الطارئ بعد التسليم لا يوجب الضمان ويتحمل رب العمل تبعته (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٧) .

(٩) ويستخلص ذلك من مفهوم المخالفة للمادة ٦٥٢ مدني ، وهي تقضي بأنه إذا اقتصر المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم ، ففهوم المخالفة يقضي بأن المهندس إذا كلف الرقابة على التنفيذ كان مسئولاً أيضاً عن عيوبه . والقضاء الفرنسي في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٦٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢) . ويكون المهندس مسئولاً ، سواء كان هو الذى اختار المقاول أو لم يختره ، مادام يشرف على التنفيذ (نقض فرنسي ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢ - باريس ٢٣ يوليه سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٤٦٦) . ويذهب الفقه في فرنسا إلى وجوب قصر مسئولية المهندس على العيوب التي كان يستطيع كشفها بالإشراف الفنى المعتاد (بودرى وقال ٢ فقرة ٢ فقرة ٣٩٢٧ Minvielle - فقرة ٢٢٢ - بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٣ ص ١٩٨) ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بمسئولية المهندس حتى لو كان المقاول قد عدل في التصميم دون أن يكون في استطاعة المهندس العلم بهذا التعديل (نقض فرنسي ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢) . فلا محل إذن للتمييز بين عيب وعيب ، ويكون المهندس مسئولاً عن كل عيوب التنفيذ .

وكان هذا النص أكثر وضوحاً في المشروع التمهيدى إذ كانت المادة ٨٩٧/٣ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كانا متضامنين في المسؤولية »^(١) . وإذا رجع رب العمل على المقاول والمهندس معاً ، أو رجع على المهندس وحده ، كان للمهندس في الحالتين أن يرجع على المقاول بما دفعه لرب العمل ، لأن الخطأ هو خطأ المقاول وقد أشرف المهندس عليه فصار مسئولاً عنه .

٦٦ - سبب الضمان يرجع إلى التصميم - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم »^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٠ - وانظر آنفاً فقرة ٦٠ في الهامش - ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص على التضامن ، ولكن القضاء في فرنسا يحكم بالتضامن (نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٩٠٩ سيرييه ١٩١٢ - ١ - ١٣ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٦٨١ - ٢٨ يوليو سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٦١٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعي ١٩٤٠ - ١١١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي پاليه ١٩٤١ - ١ - ١) . وقد قاس القضاء الفرنسي التضامن هنا على التضامن الذي يقضى به في المسؤولية الجنائية ويمده إلى المسؤولية المدنية التقصيرية . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد القضاء ويرى أن التضامن لا يقوم إلا بنص والنص غير موجود ، ولا يمكن القياس على المسؤولية التقصيرية فستولية المقاول والمهندس ليست مسئولية تقصيرية ، والأولى أن يقال إن المسؤولية تقوم بينهما بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٤٣ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٢٦ مكرر ٦ - Minvielle فقرة ٢٨٢ Corberand فقرة ٩٦) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بالتضامن بدلا من التضامن (نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ D.C. ١٩٤١ - ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ - ٩٦ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض الفرنسي ١٩٥٨ - ١ - ٣٤٢) ، ولم تقض لا بالتضامن ولا بالتضامن متى تحدد مدى مسئولية كل من المقاول والمهندس ، بل قضت على كل منهما بمقدار مدى مسئوليته (نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٧٥ - بيدان ١٢ فقرة ٢١٢) . انظر في هذه المسألة بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٥ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « ١ - إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ . »

ونرى من ذلك أن سبب الضمان قد يرجع إلى عيب في التصميم . والتصميم يضعه عادة مهندس معمارى ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضعه شخص آخر غير مهندس ، وكثيراً ما يضعه المقاول نفسه^(١) ، وقد يضعه رب العمل . فإذا وضعه رب العمل وكان معيباً كان هو المعلوم ، ولا يرجع على أحد . أما إذا وضعه غيره ، المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما ، كان واضح التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان^(٢) .

٢ - وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى ، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى ، فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التى تقع في التنفيذ دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم . ٣ - إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كانا متضامنين في المسئولية . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية ، ونقلت الفقرة الثالثة إلى مكان آخر ، وحذفت من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ - ص ٢٧) .

ويقابل النص في التقنين المدنى القديم المادة ٥٠١/٤١٠ : المهندس المعمارى الذى لم يؤمر بملاحظة البناء لا يكون مسئولاً إلا عن عيوب رسمه . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧١ (موافقة للمادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٦٦٨ : وإذا كان مهندس البناء لم يدر الأعمال ،

فلا يكون مسئولاً إلا عن العيب الذى يظهر في الرسم الهندسى الذى وضعه . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٤ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ - ويسأل المهندس عن عيوب

التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد تبنى وقام بالإشراف على تنفيذه (جيوار ٢ فقرة ٨٥١ -

هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١٧

ص ١٤٠) - وإذا كان المقاول هو الذى وضع التصميم ، فإنه يكون مسئولاً عن عيوبه وعن عيوب

التنفيذ جميعاً ، ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذى تسمح به المقدرة الفنية

لشخص في مستواه (كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٣) . وإذا تبنى التصميم

وتحمل مسئوليته ، فإنه يكون مسئولاً عما فيه من عيوب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦

م ٢٩ ص ٧٦) .

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية ، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة ، أو لا يبذل العناية الكافية فيجىء التصميم معيباً من الناحية الفنية . وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه ، كأن يوضع التصميم على أساس البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم ، أو على أساس أن يكون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً ، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح ، أو يخرج البناء عن خط التنظيم^(١) .

وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين واللوائح ، فإن واضع التصميم - ويكون غالباً هو المهندس المعماري - يجب عليه الضمان ، سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف . غير أنه إذا أشرف على التنفيذ ، يكون مسئولاً عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ في وقت معاً^(٢) ، ويكون متضامناً مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ كما سبق القول ، ومستقلاً وحده في الضمان عن عيوب التصميم ولا يكون المقاول مسئول معه^(٣) . أما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على وضع التصميم ، فإنه -

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٥ - وقد قضى بأن من واجبات المهندس المعماري أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق ، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعي ، وله في سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله ، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التي لم يحيط بها علماً (مصر الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢) .

ويلاحظ أن مخالفة القوانين واللوائح قد لا ترجع إلى التصميم ذاته بل إلى أعمال التنفيذ ، وفي هذه الحالة يكون المقاول الذي قام بأعمال التنفيذ هو الذي يجب عليه الضمان ، ويكون المهندس متضامناً معه إذا هو أشرف على التنفيذ (أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ - ص ٤١٤) .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٧ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٨ و ص ٤١٠ .

(٣) وقد نصت المادة ٢/٨٩٧ من المشروع التمهيدى صراحة على هذا الحكم ، إذ كانت تجري على الوجه الآتي : « إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري ، أو بإشراف رب العمل قد جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

كما تقول المادة ٦٥٢ سالفة الذكر - يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها^(١) ، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه^(٢) . ولا يكون المقاول الذي قام بالتنفيذ ملتزماً بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه^(٣) ، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول ، لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحها ، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذي فيه ، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان^(٤) ويكون في التزامه هذا متضامناً مع المهندس^(٥) .

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٩ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ .

(٢) وقد يعهد إلى المهندس بتسوية الحساب مع المقاول ، فيكون مسئولاً نحو رب العمل عن الخطأ الذي يرتكبه في تسوية هذا الحساب (أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤) .
(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ .

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٢٦٨ - جيوار ٢ فقرة ٨٥٣ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ ، ومع ذلك قارن فقرة ٩٥٤ - وهناك رأى يذهب إلى أن المقاول يكون مسئولاً بالتضامن عن جميع عيوب التصميم ، ثم يرجع بالتعويض على المهندس (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

(٥) وإذا قضى على أي منهما بالتعويض كاملاً لقيام التضامن ، رجع على الآخر في تقسيم المسؤولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في إحداث الضرر ، مع مراعاة جسامته الخطأ (نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ٧١٥ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض ١٩٥٨ - ١ - ٣٤٢ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٥ ص ١١٤٣ - محمد ليب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤١) .

وفي تقسيم المسؤولية بين المهندس والمقاول يراعى ما ينسب إلى كل منهما من خطأ . فإن كان الخطأ هو خطأ المقاول وحده ، كما إذا ارتكب خطأ في التنفيذ وكان المهندس متضامناً معه لأنه هو الذي أشرف على التنفيذ ، فقد قدمنا أن المهندس يرجع على المقاول بكل التعويض الذي حكم به عليه (انظر آنفاً فقرة ٦٥ في آخرها - وانظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ - دلفو فقرة ٣١١ ص ٢٤٥ - محمد ليب شنب فقرة ١١٧ ص ١٤١) . وإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس ، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب في الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذي يستطيع كشف هذا العيب ، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذي حكم به عليه (دلفو فقرة ٢٥٩ ص ٢٠٩ - محمد ليب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) . أما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب في المواد التي وردها المقاول وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ ، فن حكم عليه بالتعويض كاملاً يرجع على الآخر بنسبة جسامته خطأه ، وفي هذه الحالة يكون خطأ المقاول عادة أكثر جسامته من خطأ المهندس (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ - =

٦٧ — المدة التي يقوم فيها سبب الضمان : وسواء رجع سبب الضمان إلى البناء أو إلى التصميم على النحو الذي فصلناه ، فإنه يجب أن يقوم في مدة معينة إذا انقضت ولم يكن سبب الضمان قائماً لم يكن هناك محل للرجوع بالضمان . وقد رأينا المادة ٦٥١ مدني^(١) تقرر أن الضمان يتحقق إذا كان سببه قد حدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل .

وواضح أن سبب الضمان الراجع إلى التصميم يكون قائماً قبل التسليم ، بل قبل التنفيذ ، ويستمر قائماً بعد التنفيذ والتسليم ، ولذلك يكون هذا السبب موجباً للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم منذ البداية . أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفياً فيتسلم رب العمل الشيء دون أن يفتن للعيب ، ومن ثم يكون العيب موجباً للضمان ، دون حاجة هنا أيضاً إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم قبل التسليم . والسبب الذي يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذي يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم . فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن السبب الذي يطرأ بعد التسليم لا يكون موجباً للضمان ، ولكن نظراً لخطورة المباني ووجوب

= دلفو فقرة ٢٧٠ ص ٢١٩ — محمد ليبب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) . وقد يتبادل الخطآن ، فيتحمل كل منهما نصف التعويض (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

وإذا رجع أي منهما على الآخر — وليست بينهما علاقة عقدية — رجع بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية ، فإذا ادعى أحدهما أن الضرر قد نشأ بخطأ الآخر وجب عليه أن يثبت هذا الخطأ (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٧ — محمد ليبب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ — نقض فرنسي ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٩ دالوز مختصر ١٩٥٩ — ٥٣) . ومن يرجع منهما على الآخر يحل محل رب العمل في حقوقه ، فيرجع أيضاً بدعوى الحلول (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٦ — محمد ليبب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ — ص ١٤٣) .

هذا وإذا علم المفاوض بعيب في التصميم فله أن يقف العمل ، ولا يعود إليه إلا إذا أصاح العيب . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ — يجوز لمفاوض البناء أن يقف العمل إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامة البناء . ٢ — ولكن يجب عليه أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات لتوقي الخطر » (مشروع تنقيح القانون المدني — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول ، فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم . وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته ، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة ، فقد انقضت مدة الضمان ، ولا عبرة بالعيب الذى يظهر بعد ذلك ، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها^(١) .

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات ، كما يقول النص ، من وقت تسلم العمل . وإذا أبى رب العمل التسليم ، فمن وقت إعداره^(٢) . وإذا كان التسليم على عدة دفعات ، فمن وقت أن تم الدفعة الأخيرة إذا كانت المنشآت لا تمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة ، أما إذا كانت المنشآت تمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء^(٣) . ويمكن إثبات التسليم وتاريخه بمحضر التسليم إذا

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥ - ١ - ١٠٠ - مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ - محمد ليبب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣١ - وحتى لو تهدم البناء بعد انقضاء عشر السنوات فأصاب الغير بضرر ورجع الغير على رب العمل ، فإن هذا الأخير لا رجوع له على المقاول أو المهندس بعد انقضاء مدة الضمان (انظر عكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٥٦٢ - وقارن محمد ليبب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣٢) .

وإذا وجد العيب خلال مدة عشر السنوات ، تحقق الضمان ، حتى لو لم ينكشف إلا بعد هذه المدة ، وفى هذه الحالة ، لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده : انظر فى هذا المعنى محمد ليبب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - ص ١٣١ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٢ ص ٥٠٧ - وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدنى فى هذا المعنى : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - وقد يتفق على أن يتسلم رب العمل البناء تسليماً مؤقتاً حتى يتمكن من معاينته معاينة دقيقة ثم يصبح التسليم نهائياً بعد مدة معينة ، فى هذه الحالة تسرى مدة عشر السنوات من وقت التسليم النهائى لا من وقت التسليم الوقئى (مازو فى المسئولية ٢ ص ٤٩ هامش ٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - عكس ذلك استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧) .

وقد يقوم المقاول بإصلاح العيب ، فتسرى مدة عشر سنوات جديدة بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة تبدأ من تسلم هذه الأعمال (أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ **Entreprise** فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣١) .

وجد ، أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك ، أو أية طريقة من طرق الإثبات وتدخل البيئة والقرائن لأن التسليم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق^(١) . وعبء إثبات التسليم يقع على رب العمل ، لأنه هو الذى يدعى الضمان فيجب أن يثبت أن سببه قد قام فى المدة التى قررها القانون .

ولما كانت مدة عشر السنوات هى مدة اختبار لصلابة المنشآت ومثانتها ، فهى إذن ليست بمدة تقادم ، وسرى أن هناك مدة للتقادم هى ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب . ومن ثم لا تكون مدة عشر السنوات هذه عرضة لأن توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه ، كأن يكون غير كامل الأهلية وليس له نائب يمثله^(٢) . كذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع^(٣) .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤ - وإذا كان محضر التسليم قد حرر بعد التسليم الفعل ، فالعبرة بتاريخ التسليم لا بتاريخ المحضر (مجلس الدولة الفرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ٣ - ١١٩ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٣ - ٥٢ - ٢٦ يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٣ - ١ - ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ٩١٠ - ٣ - ١٢٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) . وكذلك الأمر فيما لو سبق التسليم الفعلى تسوية الحساب مع المقاول ، فالعبرة بتاريخ التسليم الفعلى . أما إذا كان التسليم قد سبق لإنجاز العمل ، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسليم الفعلى (مجلس الدولة الفرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ١٥١ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ هامش ٢٩ مكرر ٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٣ ص ٥٠٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ .

(٣) وكذلك الحكم فى فرنسا بالرغم من أن مدة عشر السنوات هناك جعلت أيضاً مدة لرفع دعوى الضمان ، فأصبحت بين أن تكون مدة إسقاط أو مدة تقادم ، والرأى الغالب هناك أنها مدة إسقاط لا توقف ولا تنقطع (نقض فرنسى ٥ يونيو سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٣ - ١ - ٣٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٥٦٩ - باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٠ - ٢ - ١٦١ - بورديو ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ جازيت دى پاليه ١٩٤١ - ٢ - ١٥٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ٢٠٣ - وقارن لوران ٢٦ فقرة ٦١ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٦ - انظر عكس ذلك وأن المدة مدة التقادم توقف وتنقطع : ليون الابتدائية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٣٠٠) . أما فى مصر فالمدة مدة إسقاط والتقادم يأتى بعد ذلك ومدته ثلاث سنوات كما سئرى . وقد قضت محكمة نامور ببلجيكا بأنه إذا صدر أمر عال بإيقاف مدة للتقادم بسبب الحرب ، فلا يسرى هذا =

ويجوز الاتفاق على إطالة المدة^(١) لأن الممنوع كما سنرى هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه . فيجوز إذن أن يتفق رب العمل مع المقاول والمهندس على أن تبقى مدة الضمان خمس عشرة سنة أو أكثر ، وقد تقضى بذلك جسامه المنشآت ودقة العمل فيها بحيث إن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات^(٢) .

ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات ، ففي هذا حد من الضمان وهو ممنوع بموجب المادة ٦٥٣ مدني كما سنرى . ومع ذلك يلاحظ أمران : (الأمر الأول) أن رب العمل يستطيع النزول عن جزء من المدة بعد سريانها ، لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه كما سيجيء ، فأولى أن ينزل عن بعض الضمان . ويتحقق ذلك عملاً بالألا يتمسك رب العمل بكامل المدة لدى القضاء ، فيعتبر هذا نزولاً منه عن حقه^(٣) . (الأمر الثاني) يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات ، إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طول هذه المدة . فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلاً ، وأقام أحد العارضين مبنى في المعرض يعرض فيه بضائعه ، فإن المفروض

= الأمر على مدة ضمان المقاول أو ضمان المهندس الممارى ، لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلاً تمتد فيه مسئولية المهندس والمقاول ، ومدة الحرب ليس لها تأثير مطلقاً في هذا الأجل لأن الزمن يجري بطبيعته فلا يؤثر في أصل المسئولية وجوداً أو عدماً . فمدة العشر السنوات التي نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم ، وإنما هي مهلة ضربها الشارع لانتهاء أجل الضمان (نامور ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ الحاماة ٥ رقم ١٧ ص ١٧٥) .

(١) مجلس الدولة الفرنسي ٣ يناير سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ٢ - ١١٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - عكس ذلك دلفو فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) وقد تطول مدة عشر السنوات عن طريق آخر ، بأن يكون هناك غش من المقاول والمهندس ، ففي هذه الحالة إذا لم يكشف رب العمل الغش لا في خلال عشر السنوات ولا في خلال ثلاث السنوات مدة التقادم ، فإنه يستطيع الالتجاء إلى دعوى المسئولية التقصيرية ، وهي لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش ، وهذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية (انظر في غش المقاول والمهندس وتأثير ذلك في مدة الضمان بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ مكررة - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧ - أوبرى ورورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - مازوفى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ - ص ٥٢ - محمد ليبب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣١) .

(٣) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٣٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠^٣ .

أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة مدة بقاء المعرض وبعد ذلك يهدم ، فتكون مدة الضمان في هذه الحالة سنة واحدة لا عشر سنوات . وقد جاء هذا الحكم صراحة في الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني ، فهي تقضي كما رأينا (١) بأن يكون الضمان لمدة عشر سنوات ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات (٢) .

§ ٣ - جزاء الضمان

٦٨ - موضوع دعوى الضمان : لرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان التنفيذ العيني . فإذا تهدم البناء مثلاً كله أو بعضه ، فله أن يطلب إعادة بناء ما انهدم . وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة في أن يعيد بناء ما انهدم على نفقة المدين بالضمان ، المهندس أو المقاول أو كليهما بالتضامن . كما أن له إذا حدث بالبناء عيب وكان يمكن إصلاحه عينا ، أن يطلب من المسئول أن يجر هذا الإصلاح ، أو أن يجريه هو على نفقة المسئول بترخيص من المحكمة (٣) . وقد يستغنى عن ترخيص المحكمة في حالة الاستعجال الشديد طبقاً للقواعد العامة (م ٢/٢٠٩ مدني) . وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز للمحكمة أن تقتصر على الحكم بتعويض (م ٢/٢٠٣ مدني) ، وذلك كما إذا كان إصلاح العيب يقتضي هدم جزء كبير من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب (٤) . وفي جميع أحوال التنفيذ العيني يجوز أيضاً

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٤ - ولا يكفي النص في عقد المقاول على مدة للضمان أقل من عشر سنوات ، بل يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصداً بالبناء أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات ، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الضمان لكل المدة التي يبقى فيها البناء ، ولا يجوز أن يكون لمدة أقل (انظر محمد ليبب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥) .

(٣) ويجب على رب العمل أن يطلب مقدماً معاينة البناء لاستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لذلك ، فإذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه إلى إجراء تعديلات قبل المعاينة الواجبة فإنه يعتبر متنازلاً عن الرجوع بالضمان (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦٢ ص ١١٧) .

(٤) وعند من يقولون بأن المسؤولية قانونية يكون أيضاً للقاضي الخيار بين الحكم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ، لأن المسؤولية غير عقدية (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - وانظر نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٤٣) . =

الحكم بتعويض إذا كان هناك مقتضى ، كما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتاً فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضاً عن عدم الانتفاع بالبناء طول هذا الوقت^(١) . كذلك إذا كانت الأعمال التي أجريت لاتصلح العيب إصلاحاً كاملاً ويبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء أو ينقص من ريعه ، فيعوض رب العمل عن ذلك^(٢) .

وقد يحكم القاضي بالتعويض منذ البداية دون التنفيذ العيني . فيقضى لرب العمل بمبلغ يساوى تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب ، وكذلك ما فات رب العمل من الانتفاع حتى يتم إصلاحه^(٣) . ولما كان الضمان قائماً على مسئولية عقدية كما سنرى ، فإن التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فاته من ربح ، بشرط أن يكون الضرر الذى يعوض عنه ضرراً مباشراً متوقع الحصول^(٤) . ويعتبر ضرراً متوقع الحصول أن ينهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصديه بضرر ويرجع الضرر بالتعويض على رب

= أما في مصر فإن النص (م ٢٠٣/٢ مدني) صريح في أنه يجوز للقاضي الاقتصاص على الحكم بتعويض إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ، أيا كان الالتزام ولو كان التزاماً عقدياً .

ويجوز لرب العمل أيضاً طلب فسخ العقد ، والقاضي تقدير الطلب ، وقد يقتصر على الحكم بتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه (استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٧) .

(١) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٣٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - دلثوفقرة ٢٢٩ ص ١٩٢ - محمد ليبب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ .

وعلى العكس من ذلك إذا كان إصلاح العيب يزيد من قيمة البناء ، كما لو كانت المواد التي استخدمت في الإصلاح أعلى قيمة من المواد التي كان يجوز استخدامها ، فإنه يجوز الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - مجلس الدولة الفرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٨٨٦ دالوز ١٨٨٦ - ٨٦ - ٣ - ٢٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٥ ص ٤٩٨) .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ .

(٤) ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم ، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م ٢٢١/٢ مدني) - وعند من يقولون بأن المسئولية قانونية لا عقدية ، يجوز التعويض دائماً عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ١٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ في آخرها) .

العمل ، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التي أصابت رب العمل ويرجع به على المسئول عن الضمان^(١) . وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء ، فأثلفها انهدام البناء أو العيب ، فإن هذا يعتبر أيضاً ضرراً يجب التعويض عنه لرب العمل^(٢) .

٦٩ — تقادم دعوى الضمان — نص قانوني : تنص المادة ٦٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب »^(٣) .

(١) محمد ليب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطي في بحثه مطبوع في مسئولية المهندس المعماري ص ١٦) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ — ويجوز عند الاقتضاء أن يطلب رب العمل ، كجزاء للضمان فسخ عقد المقاولة وإعادة الشيء إلى أصله كهدم البناء المعيب وإعادة الأرض إلى أصلها ، مع التعويض إن كان له مقتض . ولكن القاضي لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٣٨ — هيك ١٠ فقرة ٤٢٧ — فقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ١٥١ — عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٥٩) .

(٣) تاريخ النص ؛ ورد هذا النص في المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — على رب العمل ، في المقاولات الصغيرة ، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب في تنفيذ العمل في الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به في هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق في خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل . ٢ — أما في المقاولات الكبيرة ، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد ، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولاً ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانياً — وزيدت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات بدلا من سنتين . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٨٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٠ — ٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٥٩ في الهامش) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولذلك كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة . ولما كان التقنين المدني الجديد قد قرر مدة للتقادم أقصر ، فهي ثلاث سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ، فإن المدة الجديدة تعبرى من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة =

وقد حسم التقنين المدني الجديد بهذا النص مسألة هامة كانت محل خلاف في القانون الفرنسي . ففي التقنين المدني الفرنسي تحدد المادة ١٧٩٢ مدة الضمان بعشر سنوات ، ثم تأتي المادة ٢٢٧٠ في باب التقادم فتجعل تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات . وبعد خلاف طويل ، استقر الأمر على أن دعوى الضمان يجب رفعها في مدة عشر السنوات التي يجب أن يظهر العيب في خلالها . وترتب على ذلك أن العيب إذا انكشف في اليوم الأخير من السنة العاشرة ، فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها في اليوم الثاني إذ تكون قد سقطت بالتقادم^(١).

= القديمة قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي (م ٨ مدني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٨٧٠ : . . ويجب رفع الدعوى (دعوى الضمان) في خلال سنة من وقت التهم . (ومدة التقادم في التقنين العراقي كما نرى سنة واحدة ، وهي ثلاث سنوات في التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤/٦٦٨ : ويجب أن تقام الدعوى (دعوى الضمان) في خلال ثلاثين يوماً تبتدئ من يوم تحقق الأمر الذي يستلزم الضمان ، وإلا كانت مردودة . (ومدة التقادم في التقنين اللبناني قصيرة جداً فهي ثلاثون يوماً من وقت تحقق سبب الضمان ، في حين أنها في التقنين المصري ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب أو من وقت التهم) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٩ - جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩ - وهناك رأى في القانون الفرنسي يذهب إلى أن مدة الضمان هي عشر سنوات ، ثم تأتي بعد ذلك مدة التقادم وهي ثلاثون سنة طبقاً للقواعد العامة (لوران ٢٦ فقرة ٥٨ - فقرة ٥٩ - بيدان ١٢ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو الطبعة الرابعة ٤ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٠ ولكن هذا الرأي عدل عنه في الطبعة الخامسة) . ويذهب رأى آخر إلى أن المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي تحدد مدة الضمان بعشر سنوات ، والمادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي تحدد مدة التقادم بعشر سنوات أخرى (ديشرجييه ٢ فقرة ٣٦٠ - تستو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٠ ص ٢٥٧) - ولكن كلا الرأيين قد هجر ، واستقر القضا الفرنسي على أن عشر السنوات هي مدة الضمان ومدة التقادم في وقت معاً ، فيجب أن يوجد العيب وترفع دعوى الضمان خلال عشر سنوات من وقت انكشاف العيب (نقض فرنسي دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٥ - باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٠ - ٢ - ١٦١ - پواتييه ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - ٦٤) . ويكنى أن يظهر العيب خلال عشر السنوات حتى يمكن رفع دعوى الضمان ، وليس من الضروري أن ينتظر رب العمل تهم البناء (نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٤٨٨ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ =

ولما كان التقنين المدني القديم لم يشتمل على نص خاص يحدد مدة للتقادم، فقد انبنى على ذلك أن ذهب القضاء إلى أن دعوى الضمان يجوز رفعها في مدى خمس عشرة من وقت انكشاف العيب^(١)، وهذه هي مدة التقادم طبقاً للقواعد العامة، فكان يجوز أن يبقى المقاول أو المهندس معرضاً لدعوى الضمان مدة أربع وعشرين سنة من وقت إنجاز العمل، إذا لم يظهر العيب في البناء إلا في السنة العاشرة من وقت التسليم، وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول: «وقد ترتب على عدم وجود نص في التقنين الحالى (السابق) يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضي عشر السنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق في إقامتها إلا بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث. ويتب على ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر بأربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل. وقد يكون الداعى إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة في ترك وقت كاف لرب العمل الذى يكتشف العيب في آخر لحظة حتى ينجح في دعواه قبل المقاول، على أن هذه النتيجة تتعارض تماماً مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التى يكون فيها كل من المقاول والمهندس مسئولاً. ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين (زيديت في لجنة المراجعة إلى ثلاث) يجوز رفع الدعوى خلالها، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٥٢٢)»^(٢).

ويخلص من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان في ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم^(٣)، فإذا

١ - دالوز ٩١ - ١ - ١٥١ - وانظر في المسألة بوردوى وقال ٣٠ فقرة ٣٩٤٤ - فقرة ٣٩٤٥ -
بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Entepriise فقرة ١٩٩ -
فقرة ٢٠١.

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣١.

(٣) ويكتفى أن ينكشف العيب أو يحصل التهدم حتى يستطيع العلم بذلك، ولو لم يتم العلم به فعلاً (انظر في هذا المعنى محمد لبيب شبيب فقرة ١٢١). ويثبت وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم بجميع طرق الإثبات، لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولا يكتفى لإثبات العلم لأن يسكن رب العمل المبني، فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكنى بمدة طويلة (استئناف مختلط ٣).

انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلاً من وقت تسلمه البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، أى إلى انقضاء ثمانى سنوات من وقت تسلم البناء . وإذا انكشف العيب أو حصل التهدم فى آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، فيكون قد انقضى ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء ، وهذه هى أقصى مدة يمكن أن تنقضى من وقت التسلم إلى وقت رفع دعوى الضمان . فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان ، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها .

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم ، فإنها يرد عليها أسباب الانقطاع ، فتقطع برفع الدعوى الموضوعية^(١) ، وتقطع أيضاً بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان . أما وقف التقادم فلا يرد هنا ، وذلك لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات ، ولا يقف التقادم إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على ما يأتى : « ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً »^(٢) .

٧٠ — المسؤولية نحو الغير : ودعوى الضمان ، كما سنرى ، تقوم على المسؤولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى . أما بالنسبة إلى الغير ، فليست هناك رابطة عقدية . فإذا تهدم البناء مثلاً ، وأصاب أحد المارة بضرر ، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء ، وهى مبنية على خطأ مفترض . وكان للمضرور أيضاً أن يرجع

١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٤) . وإذا ظهر العيب وأخطر رب العمل المقاول به ، فإن سكوته بعد ذلك لا يعد نزولاً منه عن الضمان مادامت مدة التقادم لم تنقض (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(١) ولا يكتفى لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — محمد ليبب شنب فقرة ١٢١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد ليبب شنب فقرة ١٢١ .

بالتعويض على المقاول أو المهندس ، ولكن بشرط أن يثبت في جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية^(١) . وإذا رجع على رب العمل ، كان لهذا أن يرجع على المقاول أو المهندس بدعوى الضمان على النحو الذى فصلناه بشرط أن يحصل التهدم في خلال عشر السنوات التالية لتسليم البناء وأن يرفع دعوى الضمان في خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم^(٢) .

(١) فيرجع الجار على المقاول أو المهندس إذا لحقه ضرر من البناء ، ولكن بشرط أن يثبت الجار كما قدمنا خطأ في جانب المقاول أو المهندس طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٦٧ وفقرة ٣٩٦٩) . بل إن كثيراً من الأحكام تذهب إلى أن الجار لا يرجع إلا على المقاول أو المهندس ، ولا رجوع له على رب العمل . فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب بناء اعتري بنائه خلل بسبب تقصير المقاول في أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكا ، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسئولية عن ذلك لا تتعداه (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا حلت المحكمة المقاول وحده ، دون الحكومة ، المسئولية عن الضرر الذى أحدثه بالمنازل المجاورة المشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجرى الخاصة ببلدية الفيوم) ، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية ، وهو مقاول فنى ، قد حملته مسئولية الأضرار التى قد تحصل عنها ، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ في تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه ، ولا أن المهندس الذى كلفته الإشراف على العمل تدخل تدخلا فعلياً في الأعمال التى كان يجرىها ، وأن وضع الحكومة لمواصفات المقاول ورسومها وعدم استطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يكن ليحول دون أن يتخلف هو من جانبه الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاوله ، فإن هذا الحكم لا يكون في قضائه بعدم مسئولية الحكومة قد شابه قصور في إيراد الوقائع (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٥ ص ٢٩٧) - وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤٤ ص ١٠٣ - مصر الوطنية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٨٩ ص ٥٨٤ - ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٥ ص ٦٥٣ - استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ .

وكما يكون المقاول مسئولاً عن خطأه مسئولية تقصيرية نحو الغير ، فإنه يكون كذلك مسئولاً عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع ، ولكنه في هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولاً عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعا له (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٦٠ وفقرة ٣٩٦٨) .

(٢) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٠ - نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٥٦٢ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ - بلانول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧ مكررة - چوسران ٢ فقرة ١٣٠١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣١ - محمد ليب شنب فقرة ١٢٣ .

هذا وقد يكون المقاول أو المهندس مسئولاً نحو الغير باعتباره حارس البناء على أساس خطأ مفترض ، إذا كان البناء لا يزال تحت يد المقاول أو المهندس قبل تسليمه لرب العمل^(١) .

وتتقدم دعوى المسؤولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو المقاول ، أو قبل رب العمل ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الضرر بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدنى)^(٢) .

§ ٤ - انتفاء الضمان

٧١ - دعوى الضمان تقوم على المسؤولية العقدية : رأينا عند الكلام فى الضمان بوجه عام أن المقاول يكون مسئولاً عن جودة العمل ، فيكون مسئولاً عن كل عيب فى الصنعة^(٣) . وهذه المسؤولية هى لاشك مسؤولية عقدية ، لأنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد المقاول . وهذا يصدق أيضاً على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة فى الأرض ، فهى كسائر المقاولات تنشئ التزاماً فى ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب ، فإذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للمقاول أو المهندس^(٤) . وهذا المبدأ على وضوحه ، ليس محل إجماع فى فرنسا . فالقضاء الفرنسى

(١) : دلفو فقرة ٢١٦ ص ٢٤٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطى فى مسؤولية المهندس الممازى ص ٥ - ص ٨) .

(٢) : محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ .

(٣) : انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٤) : وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للأداة ٤٠٩ مدنى (قديم) لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبهة جنحة مدنية ، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسئولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها وتنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاول ، وإنما هى مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاول على البناء ، سواء أنص عليها فى العقد أم لم ينص ، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها لما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة ص ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٩٤ .

يذهب إلى أن مسئولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء مسئولية تقصيرية^(١)، ولكن الفقه الفرنسي يذهب المذهب الصحيح ، ويقول بأن المسئولية مسئولية عقدية^(٢) . والذي جعل الأمر محل خلاف على هذا الوجه أن هناك رأياً يذهب إلى أن ضمان المقاول لحدود العمل ، وهو الضمان القائم على المسئولية العقدية ، ينتهى بتسليم العمل والتسليم يغطي كل العيوب التي تظهر فيما بعد . فإذا بقي مقاول المنشآت الثابتة ، دون غيره من المقاولين ، ملتزماً بضمان العيوب التي تظهر في البناء بعد التسليم لمدة عشر سنوات ، فليس هذا هو الالتزام العقدى الذى انتهى بالتسليم كما سبق القول ، وإنما هو التزام تقصيرى بحسب ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فيما قدمنا ، وأهو التزام قانونى أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظراً لخطورة المنشآت الثابتة ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن فيما يذهب إليه بعض الفقهاء^(٣) .

ولكننا رأينا أن التسليم لا يغطى إلا العيوب الظاهرة . أما العيوب الخفية، فى جميع المقاولات سواء كانت مقاولات منشآت ثابتة أو مقاولات أخرى ، فلا تغطى بالتسليم، ولكن يبقى المقاول مسئولاً عن عيوب الصنعة فيها المدة التي يقضى بها العرف فى غير مقاولات المنشآت الثابتة^(٤) . أما فى مقاولات

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٨٦٣ دالوز ١-٦٣-١-٤٢١-٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ١-٧٥-١-٢٠-٢٩ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ١-٩٣-١-٢٨٩-٢٤ مايو سنة ١٨٩٤ دالوز ١-٩٤-١-٤٥١-١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١-١٩٠٥-١-٣٥٢-١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩-٣٩٣-٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥-١-١٠٠ .

(٢) بودرى وخال ٢ فقرة ٣٩٤٢ وفقرة ٣٩٤٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١١ هامش ٨ - لالو فى المسئولية المدنية الطبعة الثالثة فقرة ٤٧٩ - هنرى مازو مقال له فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦١٢ فقرة ٥٣ - مازو فى المسئولية المدنية ١ فقرة ١٤٨ هامش ٣ - چاكان رسالة من ليل سنة ١٩٣٢ - دلغر فقرة ١٨٨ ص ١٦٩ - سافاتييه فى المهنة الحرة ص ٣١١ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٠٤ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٦ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ (ويدعوها بالمسئولية العقدية المشددة) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

المنشآت الثابتة فقد رأى المشرع ألا يترك هذه المدة للعرف نظراً لخطورة هذه المقاولات ، وحدد مدة الضمان بعشر سنوات ، ورأى أن هذه المدة ضرورية لاختبار متانة البناء وصلابته ، ومن ثم كانت أحكام هذه المسئولية دون غيرها من النظام العام كما سنرى .

٧٢ — كيف ينتهى الضمان : والتزام المقاول بضمان العيب فى المنشآت

الثابتة هو التزام بتحقيق غاية ، لا التزام ببذل عناية^(١) . فيكفى إذن أن يثبت رب العمل أن هناك عقد مقاوله محله منشآت ثابتة : وأن هذه المنشآت وجدت فيها عيوب على النحو الذى فصلناه فيما تقدم^(٢) فى خلال عشر السنوات التالية لتسليم البناء ، حتى يقوم التزام المقاول بالضمان . ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ فى جانب المقاول أو المهندس^(٣) ، إذ وجود العيب فى البناء هو ذاته الخطأ ، كما هو الأمر فى كل التزام بتحقيق غاية^(٤) .

ولا يستطيع المقاول أو المهندس أن ينفى مسئوليته عن الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٥) . بل إنه لا يستطيع نفي مسئوليته بإثبات أى سبب أجنبي ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

(٣) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٩ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ ص ٦٨٠ - مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ - محمد ليب شنب فقرة ١١١ - عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٣٩ - لوران ٢٦ فقرة ٢٩ وما بعدها - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤١ - دلفو فقرة ٢١٩ ص ١٨٢ - Minvielle فى مهنة المهندس الممارى فقرة ٢٦٢ وما بعدها .

(٤) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ - سليمان مرقس دروس فى المسئولية المدنية لقسم الدكتوراه فقرة ١٩٣ ص ٣٩٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١١ - قارن دى پايج ٤ فقرة ٨٩٧ .
(٥) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٩ - محمد كامل موسى فقرة ٦٠٠ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ - ومن ثم لا يكتفى لدفع المسئولية أن يثبت المقاول أو المهندس أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم البناء أو حتى لا يوجد عيب (سليمان مرقس فى تعليق له بمجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٦ فقرة ١٥ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧١) .
ويترتب على ذلك أن مسئولية المقاول أو المهندس لا تندفع إذا بقى سبب التهدم أو العيب مجهولاً (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥) .

«ولما يجب هنا التمييز بين القوة القاهرة وخطأ رب العمل ، فإثبات القوة القاهرة ينفي الضمان ، أما إثبات خطأ رب العمل فلا ينفي الضمان في جميع الأحوال ، وذلك على التفصيل الآتي .

٧٣ — القوة القاهرة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على

نص صريح فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٨٩٨ من هذا المشرع تنص على ما يأتى : « يسقط عن المهندس المعمارى والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة القاهرة ، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن فى الإمكان توقعها وقت البناء » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية ، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة . ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسيين : (١) الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسؤولية المقاول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطأه (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) . (٢) تهم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ ب ١٥ ص ٣٥٩) . وهكذا تكون المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين الحالى (السابق) قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها ، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض . بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء ، لإثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ فى كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها ، إذ يخشى أن يحالى الخبء أبناء مهنتهم فتفوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع . ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسؤولية ، وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعاً دون حاجة لأهل الخبرة . ويمتاز هذا النص أيضاً بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلط فى بعض الحالات العملية . من ذلك استبعاد مسؤولية المقاول المكلف

بتغطية الطريق بالأسفلت ، إذا كان العيب الحادث في غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجارى المياه الممتدة في باطن الأرض (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) . وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها ، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١ : على أن هذا التطبيق محل للمناقشة) . وفي طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول ، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية ، خصوصاً إذا كان البناء منخفضاً بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ ب ٦٥ ص ٣٥٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) . كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرضه بمقامة على جوانب النيل (اليلتان جدول عشرين ٢ نمرة ٢٤٢٣) . وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام ، فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها الذاتية » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتنا أن تهم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد لها فيه » : ووافق مجلس النواب على النص ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة (١) . والقواعد العامة تقضى بأن الالتزام بالضمان ينتفى إذا أثبت المقاول أو المهندس أن تهم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة القاهرة (٢) ، وهو لا ينفى بذلك وقوع الخطأ ، وإنما ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية ، كما رأينا ، أمثلة مختلفة من القضاء المختلط يتبين منها متى تكون هناك قوة القاهرة ومتى لا تكون . فإذا أثبت المقاول أن العيب فى الأسفلت الذى رصف به الطريق يرجع إلى هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض ، كان هذا قوة القاهرة ، لأن هبوط

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ - ص ٢٨ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - أوبرى ورو

واسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦ .

الشارع وهو الذى سبب تكسر الأسفلت لا يرجع إلى موقع الأرض ولا إلى حركتها الذاتية ، بل يرجع إلى مجار للمياه ممتدة في باطن الأرض وقد انفجرت فأحدثت هذا الهبوط . ومن ثم لا يجب على المقاول الضمان في هذه الحالة ، وقد انتفت مسئوليته بإثبات القوة القاهرة . أما إذا هبطت أرصفة مقامة على جوانب النيل ، فلا يعتبر ذلك قوة القاهرة ، لأن الهبوط يرجع إلى موقع الأرض من النيل ، ومن ثم يكون المقاول مسئولاً عن الضمان^(١) . وإذا رجع تهدم البناء أو العيب فيه إلى عيب في الأرض لا يمكن كشفه بالفحص الفني المعتاد ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر أيضاً في حكم القوة القاهرة^(٢) .

٧٤ — خطأ رب العمل : والأصل أن خطأ رب العمل ينفي علاقته السببية ، فلا يلتزم المقاول بالضمان . فإذا رجع العيب في البناء إلى عيب في المواد التي استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل ، وقد أثبت المقاول ذلك ، فقد أثبت خطأ رب العمل وتنتفي في الأصل مسئوليته . ولكن قد يكون العيب في المواد بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وينبه رب العمل إليه ، فعند ذلك يكون هناك أيضاً خطأ في جانب المقاول قد يكون سبباً في مشاركته رب العمل المسئولية بحسب جسامته خطأ كل منهما ، وقد يجب خطأ المقاول خطأ رب العمل ، أو يجب خطأ رب العمل خطأ المقاول ، فينفرد أحدهما بالمسئولية . وقد يتدخل رب العمل فيعطى تعليمات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينجم العيب عن ذلك ، وهنا أيضاً يكون هناك خطأ في جانب رب العمل وخطأ في جانب المقاول الذي أطاع

(١) ولا يعتبر قوة القاهرة قلب الجو ثقلاً معتاداً يكون من شأنه إحداث تمدد أو تقلص في البناء (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ في الهامش — أما إذا كان هناك عيب في البناء ، ثم تهدم البناء بقوة القاهرة دون أن يكون للعيب دخل في تهديمه ، فإن رب العمل لا تعود له مصلحة في رفع دعوى الضمان ، فإن البناء كان سيهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب . فإذا بانث له مصلحة ، جاز أن يرجع بالضمان . مثل ذلك أن يكون العيب من شأنه أن يزيد في الضرر الناجم عن تهدم البناء ، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب في البناء فتدفع لصاحبه تعويضاً أقل ، ففي مثل هذه الأحوال يرجع رب العمل بالضمان على المقاول بالمقدار الذي أصيب فيه بضرر من جراء العيب (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ ص ٢٠٠ — وقارن Gallié في مسئولية المقاول لإزاء رب العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٠ ص ٦٣ — Corberand ص ١٠٢) .

هذه التعليمات الخاطئة ، فيشتركان في المسؤولية أو يجب خطأ أحدهما خطأ الآخر بحسب جسامته الخطأ^(١). وقد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجىء معيياً ويتسبب عن ذلك عيب في البناء ، فيشترك مع المقاول في المسؤولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه ، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لاسيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً فإن خطأ رب العمل ينفي المسؤولية عن المقاول^(٢) .

وهناك أمر يصدر من رب العمل ، أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني^(٣) ، لا يعتبر خطأ منه ، ولا يؤثر في مسؤولية المقاول ، بل تبقى هذه المسؤولية كاملة ويرجع عليه رب العمل بالضمان كاملاً . وذلك

(١) وقد قضى بأن تدخل رب العمل ، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة ، لا يعنى المهندس أو المقاول من المسؤولية ، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب ، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمتنع عن تنفيذ العمل المعيب ، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسؤولية (استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٩ - مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٧٨ - ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩ - جوار ٢ فقرة ٨٧٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ - دلغو فقرة ٢٧٧ ص ٢٢٤ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ - محمد ليبب شذب فقرة ١١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٤ - ٥ - ٦٥٣ - أول ديسمبر سنة ١٨٦٨ دالوز ٧٢ - ١ - ٦٥ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٩٠ - ١٦ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٤٨٨ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٤١ D.C. ١٩٤٢ - ١٥٣ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ D.A. ١٩٤٤ - ٦٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ ص ١١١٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ - أوبرى ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٠ - ص ٤١١ - ويعتبر بوجه خاص تدخل الإدارة في أعمال المقاول - في مقاولات الأشغال العامة - سبباً لتخفيف مسؤولية المقاول أو لحوها ، متى نبه المقاول الإدارة إلى الأضرار التي تنجم عن تنفيذه للتعليمات التي تصدرها له الإدارة (مجلس الدولة الفرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٣ - ٩٣ - ٢ أبريل سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ - ٣ - ١٣ - ومع ذلك انظر مجلس الدولة الفرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ٣ - ٩٣) . ولكن إذا اشترط رب العمل ألا يجرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التي يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل يجعل الإدارة في يده ويعنى المقاول من المسؤولية ، بل هي احتياطات اتخذها رب العمل للتثبت من تنفيذ شروط العقد (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

إذا كان « رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة » ، ففي هذه الحالة يكون الخطأ هو خطأ المقاول ، ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ ، والمفروض أن رب العمل غير فني فلا يعتد بإجازته ، ولا يكون لهذه الإجازة أثر في مدى مسئولية المقاول عن الضمان^(١) .

٧٥ — ارتقاء على الإغفاء من الضمان أو الحر من رتبة فني به

الضمان — نص قانوني : تنص المادة ٦٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه »^(٢) .

(١) ديفر جيه ٢ فقرة ٣٥١ — لوران ٢٦ فقرة ٥١ وما بعدها — جيوار ٢ فقرة ٨٧٥ — فقرة ٨٧٦ — بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ — ومن باب أولى لا يكون وجود رب العمل وإشرافه على العمل سبباً في تخفيف مسئولية المقاول ، وقد قضى بأن وجود مهندس من قبل رب العمل للإشراف على التنفيذ لا يؤثر في مسئولية المقاول ، ولو تلقى هذا من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء ، لأنه مستقل في عمله عن المهندس (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٦٨ ص ١١٦ — دلفو فقرة ٢٣٩ ص ٢٠١ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ ص ١٣٩) .
وقضى في نفس المعنى بأنه لا يرفع المسئولية عن المقاول اشتراك المالك معه في الرأي أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن (مصري وطني استئناف ١١ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢ ص ٢٥) . وقضى أيضاً بثبوت مسئولية المقاول حتى لو تدخل المالك في العمل ولم ينفذ المقاول إلا ما أمره به المالك ، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمره به المالك (مصر الوطنية ٨ يونيو سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩) . وقضى كذلك بأن المهندس المعماري والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل المباني في مدة عشر سنين ، ولو كان الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض أو كان المالك أذن في إنشاء الأبنية المعيبة ، وعلى ذلك فتي ظهر أن « الميدة » المسلحة ضرورية لصالح البناء تعين على المقاول النص عليها في العقد وتنبيه المالك إليها حتى إذا تجاوزها هذا وأشار بعدم عملها ، فالمقاول مسئول أمامه إذا حدث خلل في البناء بسبب عدم عملها في خلال عشر السنوات ، ويكون إغفالها في العقد غير محل للمقاول من مسئوليته (استئناف مصر ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٣٢٨ ص ٧٠٢) .
وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي « إذا أخبر المهندس المعماري أو المقاول رب العمل ، قبل التنفيذ أو في أثناءه ، بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة فإن ذلك لا يعفيه من المسئولية ... حتى بالنسبة للأعمال التي يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير » (مشروع تنقيح القانون المدني — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه =

وقد قدمنا أن الضمان بوجه عام — عدا ضمان المقاول والمهندس — لا تعتبر أحكامه من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، أى يجوز تشديدها أو تخفيفها أو محوها باتفاق خاص^(١) . أما ضمان المقاول والمهندس ، وهو الضمان الخاص الذى نحن بصددده ، فتعتبر أحكامه من النظام العام بنص صريح هو النص الذى أسلفنا ذكره . ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية فى أعمال البناء ، ولذلك خماه القانون هذه الحماية الخاصة التى رأيناها فى تحديد مدة طويلة لاختبار متانة البناء وصلابته . والمقاول والمهندس ، وهما من رجال الأعمال ذوى الخبرة الفنية ، وهما فى الوقت ذاته الجانب الأقوى فى عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة ، يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية على رب

= الآتى : « ١ — فى المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن العيب أو أن يحد من مسؤوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر . ٢ — أما فى المقاولات الكبيرة ، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى . وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة ، وعدلت باقى الفقرة الثانية تعديلا لفظياً فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص لأنه يجعل الضمان من النظام العام ، فقبل تبريراً لذلك « إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٦٥٣ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨ — ص ٣٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن كان يمكن فى عهد هذا التقنين الأخذ بالحكم استثناساً بالقضاء والفقه فى فرنسا كما سنرى ، ولم يشتمل التقنين المدنى الفرنسى هو أيضاً على نص مماثل .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٧٠ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٦٦٩ : كل نص يرمى إلى نفي الضمان المنصوص عليه فى المواد السابقة أو إلى تخفيفه يكون باطلا . (وأحكام التقنين البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

.. (١) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

العمل لو جاز لها اشتراط عدم المسؤولية أو التخفيف منها ، بأن يدرجا في عقد المقاوله هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة (clauses de style) في هذه العقود . فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها رب العمل ، فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو على التخفيف منها . وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما اعترض على النص ، فقيل في الدفاع عنه « إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم تنصوفاً تعفيهم من المسؤولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء » (١) .

ونخلص من النص سالف الذكر أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه . فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقاوله أنه بمجرد تسليم رب العمل للبناء ، تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء . وقد قدمنا أن تسليم العمل لا يعفى من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة (٢) ، أما العيوب الخفية فلا يجوز الإعفاء من ضمانها . وكما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان ، كذلك لا يجوز الاتفاق على الحد منه ، فلا يجوز مثلاً اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسليم العمل بدلاً من عشر سنوات (٣) ، أو اشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة ، أو ألا يشمل الضمان عيوباً معينة ، فكل هذه اتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام ، ويرجع رب العمل بالضمان كاملاً عن جميع العيوب لكل مدة عشر السنوات بالرغم من أي اتفاق مخالف (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٣ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٧ .

(٤) وفي فرنسا لا يوجد نص صريح ، كما وجد في التقنين المدني المصري الجديد ، يقضي ببطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه . ولكن القضاء والفقه يذهبان بوجه عام إلى بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان لنفس الاعتبارات التي تتعلق بالنظام العام والتي أوردناها بالنسبة إلى التقنين المصري (نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - بورديو ٢١ أبريل سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ٢ - ٣٩ - باريس ٩ مارس سنة ١٩٢٧ Sem. Jur. «الأسبوع القضائي» ١٩٢٧ ص ٣٧٨ - السنين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ Sem. Jur. ١٩٢٩ - ٦٨٣ - لوزان ٢٦ فقرة ٣٣ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ Corberand - فقرة ١١٨ - Midvielle فقرة ٢٨٧ وتعليقه في دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - بلانيول - هريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧) .

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان ، إذ أن الضمان إنما قصد به حماية رب العمل ، فليس هناك ما يحول دون أن يقوى رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص . فيجوز اشتراط أن يتي الضمان عن العيوب مدة تزيد على عشر سنوات بحسب جسامه المنشآت ودقة العمل فيها ، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشر سنوات أو أقل أو أكثر ، بل يجوز الاتفاق على ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة^(١) .

٧٦ — **جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه : والمفروض** فيما قدمناه أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه إنما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان ، فإنه في ذلك الوقت يكون هناك معنى لحماية رب العمل ، إذ قد يقوده عدم خبرته إلى الاستهانة بقيمة الضمان ،

= ولما كان لا يوجد نص صريح في فرنسا كما قدمنا ، فقد أدخل على المبدأ تعديلات كثيرة أهمها ما يأتي :

١ — يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية إذا كان رب العمل متوافراً على معلومات فنية في مستوى معلومات المهندس المعارى ، لأنه في هذه الحالة لا يحتاج في حماية القانون له أن تكون هذه الحماية من النظام العام (نقض فرنسى ٤ يولييه سنة ١٨٣٨ سيريه ٣٨ - ١ - ٧٢٦) .

٢ — يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن مخالفة قوانين البناء ولوائحه ، لأن رب العمل يستطيع الإلمام بهذه القوانين (نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٩٠٨ جازيت دى تريبيتو ١٩٠٨ - ٢ - ٦٩ - ليون ١٦ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٣ - ٢ - ٣٩) .

٣ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على مدة أقل من عشر سنوات ، على أن تكون المدة المتفق عليها ليست من القصر بحيث لا تسمح لرب العمل أن يكشف العيب بحسب طبيعة العمل ومقدار وقته (نقض فرنسى ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٥ - ١ - ١٣ - السين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٣٠٥ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - ص ٤١٣) .

٤ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على عمل معين دون الأعمال الأخرى (باريس ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٢٢) .

٥ — الاتفاق على الإعفاء من الضمان لا يكون باطلا أصلا ، وإنما ينقل عبء الإثبات إلى رب العمل ، فإذا أثبت هذا خطأ في جانب المقاول أو المهندس رجع عليه بالضمان (باريس ١٢ مايو سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٢ - ١٧٢ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣) .

وانظر في المسألة بلاقيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧ - ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أنه لما كانت مسئولية المقاول أو المهندس مسئولية عقدية ، فيمكن الإعفاء منها باتفاق خاص ، إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٢) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٤ .

ويغلبه المقاول أو المهندس — وهو الجانب الأقوى — على أمره فيدفعه إلى قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه على النحو الذى قدمناه .

أما بعد تحقق سبب الضمان ، وتبين رب العمل خطورة العيوب التى انكشفت ، فهو حر بعد ذلك ، وقد ثبت حقه فى الضمان ، أن ينزل عن هذا الحثى كله أو بعضه ، نزولاً صريحاً أو ضمناً .

فإذا انكشف عيب فى البناء يتحقق به الضمان ، جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه فى الرجوع على المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب . وقد يحمل سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد انكشاف العيب . نزولاً ضمناً عن حقه ، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاث سنوات وهى المدة التى تتقدم بها دعوى الضمان فيما قدمنا ، متى اقترن هذا السكوت بملاحظات قاطعة فى أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان . ومن هذه الملاحظات أن يدفع رب العمل للمقاول أو للمهندس أجره دون تحفظ ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الاستعجال (١) .

وقد يهدم جزء من البناء ويظهر فى باقيه عيب ، فيرجع رب العمل بالضمان فيما يتعلق بالهدم ، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب . فهنا يكون رب العمل قد نزل عن الضمان نزولاً جزئياً ، فى الهدم دون العيب .

الفرع الثانى

التزامات رب العمل

٧٧ — التزامات ثلاثة : يلتزم رب العمل نحو المقاول بالتزامات ثلاثة :

(١) تمكين المقاول من إنجاز العمل .

(٢) تسلم العمل بعد إنجازه .

(٣) دفع الأجر .

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٦ ص ١١٧ — دلفر فقرة ٢٢٥ —

محمد لييب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥ .

المبحث الأول

تمكين المقاول من إنجاز العمل

٧٨ — التزام رب العمل بأنه يزيل ما في وسعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل : يلتزم رب العمل بأن يزيل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل ، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه . فإذا كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء للبدء في العمل ، وجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل ، وكذلك الحكم في جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل بحاجة إليها^(١) .

وإذا كان العمل يحتاج للمضي فيه إلى جعل حائط لحر حائطاً مشتركاً حتى يستند البناء إليه ، فعلى رب العمل أن يتفق مع الحار على أن يكون الحائط مشتركاً حتى يتمكن المقاول من المضي في البناء^(٢) .

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل ، وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به ، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب ، حتى يتمكن المقاول من البدء في تنفيذ العمل أو من المضي في تنفيذه^(٣) .

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٠ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ — محمد القبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٠ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ .

(٣) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وقال فقرة ٣٩٧ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ — محمد القبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

رب العمل ، وجب على هذا تقديمها في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب .
بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصي ، كأن يقف أمام
الرسام المدة اللازمة لأخذ رسمه ، أو أن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ
مقاساته ، أو أن يقوم رب العمل بتصحيح تجارب الكتاب المقدم للطبع ،
وجب عليه أن يقوم بذلك في الوقت المتفق عليه أو في الوقت الذي يتطلبه العمل
وفقاً لعرف الصنعة (١) .

ويلتزم رب العمل ، إلى جانب ذلك ، بترك المقاول ينجز العمل ، فلا يقيم
أمامه عقبات في سبيل ذلك ، ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب
مشروع ، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا
في الحدود وطبقاً للشروط التي عينها القانون (٢) .

٧٩ — جزاء الالتزام: فإذا لم يقم رب العمل بالتزامه ، وأمكن المقاول
أن يطلب التنفيذ عيناً ، كأن يحضر على نفقة رب العمل المواد والآلات
والمهمات اللازمة بترخيص من القضاء ، كان له ذلك . وإذا كان تدخل رب
العمل الشخصي ضرورياً ، جاز أن يلجأ المقاول إلى طريقة التهديد المالي (٣) .
وللمقاول في جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من
جفاء عدم قيام رب العمل بالتزامه ، أو من جفاء تأخره في القيام به .
ويجوز للمقاول أخيراً أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض ،
وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب ، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد
والتعويض ، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ (٤) .

(١) دافيد في عقد الاستصناع ص ٦٨ — محمد ليبب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ —
وإذا أخفى رب العمل عن المقاول أمراً من شأنه أن يجعل العمل أكثر صعوبة ، كان مستولاً عن
ذلك (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦) .

(٢) انظر م ٦٦٣ مدني وسيأتي بحثها — بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧١ — ولكن رب العمل
لا يلتزم بداهة بأن يجعل المهندس الذي وضع التصميم هو الذي يقوم بالتنفيذ أو هو الذي يشرف
عليه (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧١) .

(٣) دافيد في عقد الاستصناع ص ٧٣ — محمد ليبب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٥ .

(٤) وتنص المادة ٦٦٠ من تقنين الموجبات والعقود البناني في هذا الصدد على ما يأتي :
« إذا كان من الضرورة لإتمام العمل أن يقوم صاحب الأمر بشيء ما ، فيحق للصانع أن يدعو
صراحة للقيام به — وإذا لم يقم صاحب الأمر بواجبه بعد المهلة الكافية ، فالصانع يصبح مخيراً »

المبحث الثاني

تسليم العمل

٨٠ — نص قانوني : تنص المادة ٦٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » (١) .

= بين أن يبقى على العقد أو أن يطلب حله ، ويمكنه في الحالين أن ينال عند الاقتضاء تعويضاً عن الضرر الذى أصابه .

وقد ورد في المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد نص مماثل ، إذ تنص المادة ٨٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى : « إذا كان تنفيذ العمل يقتضى أن يقوم رب العمل بمعاونة ما ، ورفض هذا تقديم المعاونة أو أهمل في ذلك ، جاز للمقاول أن يكلفه بتقديمها في أجل معقول يحدده . ٢ — فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه ، جاز للمقاول أن يتدخل من العقد دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له محل » (مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف في التعامل ، وأن يتسلمه في مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ — على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط ، أو ما تقتضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ — ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب نذب خبراء على نفقته لفحص الشيء ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة « اكتفاء بالأحكام العامة » ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . وأصبحت المادة رقمها ٦٨٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٨٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت بعد عبارة « دعوته إلى ذلك » عبارة « بإنذار رسمي » لتبين كيفية الدعوة على نحو يحسم المنازعات ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٦٥٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ على الوجه الذى عدلته به بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ — ص ٣٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٢١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٣ - ٨٧٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٠ (١) .

٨١ - تسلم العمل وتقديره : يلتزم رب العمل بتسليمه بعد إنجازه . والتسليم هنا ليس هو مجرد التسلم الذي عرفناه في التزام المشتري أو المستأجر بتسليم المبيع أو العين المؤجرة ، بل هو يشتمل على معنى أبعد من ذلك . فهو من جهة ، كالتسليم في البيع والإيجار ، الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٣ : ١ - متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد ، وأن يتسلمه إذا اقتضى الحال في مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة أو التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه . ٢ - ولرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من الشروط أو ما تقضى به أصول الفن في هذا النوع من العمل إلى حد لا يستطيع معه أن يستعمله أولاً يصح عدلاً أن يجبر على قبوله . فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية المخالفة . ٣ - وإذا كان العمل يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح في أجل مناسب يحدده ، وجاز للمقاول أن يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة .

م ٨٧٤ : ١ - إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الثمن محددًا بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملة . ويجوز للمقاول في هذه الحالة أن يستوفي من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ - ويفترض فيما دفع ثمنه أن معاينته قد تمت ، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلاً) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٠ : يجب على صاحب الأمر أن يتسلم المصنع إذا كان منطبقاً على شروط العقد ، وأن ينقله على حسابه إذا كان قابلاً للنقل . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه كما عرفنا ذلك في التزام المقاول بالتسليم^(١) ، وهذا هو التسليم بمعناه المألوف (prise de possession, prendre en livraison) وهو من جهة أخرى ، وهذا هو المعنى الزائد ، تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه (réception, agrément, verification) . وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاول ، فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أى لم يكن موجوداً ، فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة ويكون ذلك بفحصه فالموافقة عليه وهذا هو التقبل ، أما في البيع والإيجار فالعين المباعة أو العين المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات معروفة للمشتري أو للمستأجر ، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة للتقبل .

والذى يقع عادة أن رب العمل يتسلمه ويتقبله في وقت واحد ، إذ هو عند تسلمه إياه يفحصه ويستوثق من أنه هو الذى قصد إليه بالتعاقد ، فيوافق عليه بتسلمه إياه . فالتسليم إذن يتضمن التقبل . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن التسليم والتقبل ينفصلان أحدهما عن الآخر ، فيسبق التقبل التسليم أو يليه . يسبق التقبل والتسليم ، كما إذا فحص رب العمل العمل بعد إنجازه وهو لا يزال في يد المقاول ، ويستوثق من أنه موافق لما اشترطه أو لأصول الصنعة فيتقبله دون أن يتسلمه ، ومن ثم يتم التقبل قبل أن يتم التسليم . ويسبق التسليم التقبل ، كما إذا تسلم رب العمل العمل قبل إنجازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه ، ويرجى فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص ، فيتسلم العمل دون أن يتقبله ، ومن ثم يتم التسليم قبل أن يتم التقبل^(٢) . وإذا انفصل التقبل عن التسليم على هذا النحو ، فالعبرة بالتقبل دون التسليم ، إذ أن ما يترتب من نتائج إنما يترتب على التقبل كما سئرى ، فهذه النتائج يعجل بها مع التقبل إذا سبق التسليم ، وتتراخى إلى التقبل إذا تأخر عن التسليم^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ يوفيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ - مازو ٣ فقرة ١٣٥٤ ص ١١١٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٠ - محمد ليب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢ - وقارن استئناف مختلط ٣ يوفيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧ .

(٣) نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

ولما كان الذى يقع عادة هو أن يقترن التقبل بالتسليم كما قدمنا ، فنحن نتكلم عن التسليم باعتباره متضمناً للتقبل دون أن نفصل بين الاثنين.

٨٢ - شروط التسليم : كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٥٥ مدنى سالفه الذكر يجرى على الوجه الآتى : « ١ - متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها ، اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ - على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ماورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ - ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبير على نفقته لفحص الشئ ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم . وقد حذفت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالأحكام العامة » .^(١) ولما كان هاتان الفقرتان ليستا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بما اشتملتا عليه من أحكام بالرغم من حذفهما .

فيشترط إذن حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه ، والتسليم كما قدمنا يتضمن التقبل ، أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها أو كانت هناك شروط غير كاملة ، فما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المناقولة يحل محل الشروط المتفق عليها أو يكملها إذا كانت ناقصة . وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق ، جاز لأى منهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة . وإذا رفع الأمر للقضاء ، كان هذا المحضر محل اعتبار عند القاضى ، إذا رأى أن يكتفى به ولم يعارض الطرف الآخر فعل ، وإلا عين خبيراً آخر ، أو قضى وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها . ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التى تبرر عدم التزام رب العمل بالتسليم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلاً إلزامه بالتسليم ، إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد . فإذا لم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ - ص ٣٤ - وانظر آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش .

تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة ، بقى رب العمل ملتزماً بالتسليم ، وإنما يكون له الحق إما في طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة ، أو في طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء المخالفة . وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول ، إذا كان العمل يمكن إصلاحه ، أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة مناسبة ، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة (١) .

٨٣ - متى يكون التسليم وأين يكونه : لما كان التسليم وهو التزام في ذمة رب العمل يقابل التسليم وهو التزام في ذمة المقاول ، فالتسليم يقع عادة في الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم ، إذ التسليم هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل دون عائق والتسليم هو استيلاء رب العمل عليه بعد أن يوضع تحت تصرفه .

فيكون التسليم في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً

(١) انظر في هذا المعنى م ٨٧٣/٣ و٢ معه التقنين المدني العراقي آنفاً فقرة ٨٠ في الهامش - وقد تضمن المشروع التمهيدى أيضاً نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٥ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ - يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسليم إذا بلغ ما في الشيء من عيب أو مخالفة للمتفق عليه حداً لا يستطيع معه أن يستعمله أولاً يصبح عدلاً أن يجبر على تسلمه . ٢ - فإذا لم يبلغ العيب هذا الحد من الجسامة ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية العيب . ٣ - أما إذا كان العيب مما يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح في أجل معقول يحدده ، وجزاز أيضاً للمقاول أن يصلح العيب في مدة معقولة ، إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات ذات قيمة » . ثم نصت المادة ٨٧٦ من المشروع التمهيدى على ما يأتي : « ليس لرب العمل ، فيما عدا الاستثناء المنصوص عليه في المادة ٨٩٢ (عدم إعفاء المقاول من المسؤولية بالرغم من إخطاره رب العمل بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل) ، أن يتمسك بالحقوق التي تقررها المادة السابقة ، إذا كان هو المتسبب في إحداث العيب ، سواء أكان ذلك بإصداره أوامر تخالف رأى المقاول أم كان ذلك بأية طريقة أخرى » . انظر في هاتين المادتين مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٤٦ - ص ٤٤٨ - وقد سقطت المادتان من مجموعة الأعمال التحضيرية .

وكذلك نصت المادة ٨٩٣ من المشروع التمهيدى على ما يأتي : « إذا أقيم بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة الحد المنصوص عنه في المادة ٨٧٥ ، ولكن إزالته يترتب عليها أضرار بالغة ، فليس لرب العمل إلا أن يتخذ الإجراءات المنصوص عنها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة » (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

لطبيعته ولعرف الحرفة^(١) . وفي جميع الأحوال يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسليم (والتقبل) بمجرد أن يتم المفاوض العمل ويضعه تحت تصرفه ، أى يسلمه إياه ، إذ الواجب عندئذ — كما يقول المشروع التمهيدى للمادة ١/٨٧٢ مدنى^(٢) — أن يبادر رب العمل « إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك » .

ويكون التسليم فى مكان التسليم . وقد قدمنا أن التسليم يكون فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق فى المكان الذى يحدده عرف الصنعة . وفى العقار يكون التسليم والتسلم فى المكان الذى يوجد فيه العقار . وفى المنقول ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، يكون التسليم والتسلم فى موطن المفاوض أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل غالباً ضمن هذه الأعمال^(٣) .

٨٤ — كيف يكون التسليم : يكون التسليم باستيلاء رب العمل عليه وفقاً لطبيعته ، وقد بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام فى كيفية التسليم^(٤) . وإذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية ، كما إذا قام سباك بتصليح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل ، فالتسليم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها ، فإن هذا يفيد ضمناً أنه تقبلها^(٥) . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الأجر محددًا بسعر الوحدة ، كما إذا كان المفاوض قد تعهد بصنع اثنى عشر كرسيًا أو تعهد بصنع أثاث غرفة الطعام وحدد للمائدة أجرها ولكراسى المائدة ولسائر قطع الأثاث الأجر المستحق ، فإن التسليم يجوز أن يكون مجزأ . فيجوز لكل من المفاوض

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٢ وفقرة ٨٠ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٥) وكما يكون التقبل الضمنى باستعمال الشيء المصنوع مدة كافية ، يكون كذلك بإدماجه فى شيء آخر ، أو التصرف فيه ، أو دفع الأجر بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ (دلفو - فقرة ٢١١ ص ١٧٦ - ص ١٧٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢) .

ورب العمل أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل كرسى أو عقب إنجاز كل قطعة من قطع الأثاث ، فإذا ما تم التسلم كان للمقاول أن يستوفي من الأجر بقدر ما أنجز من العمل^(١) . والمفروض أن رب العمل إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول تحت الحساب^(٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ - إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الثمن محددًا بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يسلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملة . ويجوز للمقاول في هذه الحالة أن يستوفي من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ - ويفترض فيما دفع دفع ثمنه أن معاينته قد تمت ، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب^(٣) » .

- (١) جيوار ٢ فقرة ٧٩٥ - بودرى وثال ٢ فقرة ٣٩٧٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧١ - محمد ليبب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٣ .
- (٢) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٤ - ديفرچيه ٢ فقرة ٣٤٥ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ هامش ٩ .

ويعتبر مدفوعاً تحت الحساب ما يدفع عما يتم إثباته في أعمال المقاولات الكبرى من بيانات دورية عن حالة العمل . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « خلافاً لما تقضى به المادة ٨٧٢ (م ٦٥٥ مدنى) لا يعتبر ما يتم إثباته في أعمال المقاولات الكبرى من بيانات شهرية أو دورية عن حالة العمل إلا بيانات مؤقتة . ويعتبر كل ما يدفع عندئذ مدفوعاً على الحساب . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) . وكان التقنين المدنى القديم يتضمن أيضاً نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « لا ينقطع حساب المقاول إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب معمول في خلال الأشغال يعتبر مؤقتاً ، وكل مادفع في خلال مدة الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاول ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » .

- (٣) مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٤٥ - وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية . وانظر أيضاً نفس هذا النص في المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى العراقى آنفاً فقرة ٨٠ في الهامش - وانظر المادة ١٧٩١ من التقنين المدنى الفرنسى .

٨٥ — النتائج التي تترتب على التسليم : ومن أهم النتائج التي تترتب على التسليم ، أو بمعنى أدق على التقبل ، ما يأتي :

١ — تنتقل ملكية الشيء المصنوع ، إذا كان المكاوول هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل ، إلى رب العمل من وقت التقبل^(١) .

٢ — يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك^(٢) .

٣ — ينتقل تحمل تبعة العمل من المكاوول إلى رب العمل من وقت التسليم أو التقبل ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً^(٣) .

٤ — من وقت التقبل لا يضمن المكاوول العيوب الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي . ومن هذا الوقت أيضاً تسري المدة القصيرة التي يقضى بها عرف الصناعة في ضمان العيوب الخفية . وقد سبق تفصيل ذلك^(٤) .

٨٦ — جزاء الالتزام بالتسليم : وإذا لم يقم رب العمل بالتزامه من تسليم العمل وتقبله في الميعاد القانوني ، كان للمكاوول أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً . ويجوز أن يلجأ في ذلك إلى وسيلة التهديد المالي . على أن العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدني سالفه الذكر ترسم طريقة عملية للتنفيذ العيني ، فتقول كما رأينا : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . فما على المكاوول ، بعد أن ينجز العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل دون عائق ، إذ رأى أن هذا الأخير قد تلکأ في معاينة العمل ليتقبله ويتسلمه ، أن يعذره بالتسليم عن طريق إنذار رسمي على يد محضر ويحدد ميعاداً معقولاً لذلك ، فإذا مضى الميعاد اعتبر رب العمل قد تسلم العمل حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقة . ويترتب على هذا التسليم الحكمي جميع النتائج التي تترتب على التسليم الحقيقي ، فتنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ويستحق دفع الأجر ، وينتقل تحمل التبعة إلى

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ في الهامش .

(٢) انظر م ٦٥٦ مدني وسيأتى بحثها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

رب العمل ، وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة ويبدأ سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية .

ويمكن ، فوق ذلك وتطبيقاً للقواعد العامة ، أن يلجأ المقاول إلى العرض الحقيقي ، وقد رسمت طريقة المواد ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدني^(١) . فتنص المادة ٣٣٤ مدني على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أرفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي » . وتنص المادة ٣٣٥ مدني على أنه « إذا تم إعدار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر » . وتنص المادة ٣٣٦ مدني على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسليمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتنص المادة ٣٣٧ مدني على أنه « ١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، والتي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع بممارسة بالسعر المعروف » .^(٢) وغني عن البيان أن للمقاول ، بعد بيع الشيء ، أن يستوفي أجره من الثمن وكذلك التعويضات المستحقة ، ويودع الباقي خزانة المحكمة^(٣) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٦ ص ١٥١ .

(٢) انظر في شرح هذه النصوص الوسيط ٣ فقرة ٤٢٩ وما بعدها .

(٣) وفي فرنسا صدر قانون في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ يجيز للمقاول ، الذي تسلم من رب العمل منقولا للعمل فيه أو لإصلاحه أو لتنظيفه ، أن يبيعه إذا انقضت سنتان دون أن يتسلمه رب العمل . ويكون البيع في المزاد العلني ، ويسدأ أجر المقاول من الثمن ، ويودع الباقي صندوق الودائع . ولرب العمل أن يعارض في البيع أمام قاضي الصلح ، وعلى هذا أن يبت في المعارضة في أقصر مدة ممكنة (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٦٦ مكررة - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ ص ١٧٠) .

وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة ، عند امتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسليم العمل ، في فسخ العقد . ويكون ذلك مثلاً إذا رأى المقاول أن في إمكانه بيع الشيء المصنوع لغير رب العمل بثمن أعلى ، فربح من وراء هذه الصفقة . وفي هذه الحالة يجوز له ، بعد إعدار رب العمل بالتسليم ، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة حتى يتحلل من واجب التسليم ، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الراجعة .

المبحث الثالث

دفع الأجر

٨٧ — مسألتاه : سبق أن بحثنا الأجر كركن في عقد المقاولة^(١) ، والآن تبحثه كالإلزام في ذمة رب العمل . ونبحث في الإلزام بدفع الأجر مسألتين : (١) ما الذي يجب أن يدفع . (٢) طرفي الدفع وزمانه ومكانه وضمائاته .

المطلب الأول

ما الذي يجب أن يدفع

٨٨ — ضرورة وجود الأجر : قدمنا عند الكلام في الأجر كركن من أركان عقد المقاولة أن الأجر لا بد من وجوده ، وإلا كان العقد من عقود التبرع ، فلا يعتبر مقاولة بل يكون عقداً غير مسمى^(٢) .

على أنه ليس من الضروري أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر ، بل ولا على وجود الأجر في ذاته . فسرى أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، تولى القانون تحديد هذا المقدار (م ٦٥٩ مدني) . وكذلك إذا لم يكن هناك اتفاق على وجود الأجر في ذاته ، قد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف التعاقد ، وبخاصة من أهمية العمل الذي يصنع ومهنة من يقوم بصنعه . فإذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل ، فأهمية العمل ومهنة

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ - فقرة ٣٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

المقاول يتضافران في دلالتهما على أن هذا العمل ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، فيجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يكون العمل بأجر . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل المدعى بصنعه ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(١) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً لهذه القواعد ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه^(٢) .

ويمكن القول بوجه عام أن أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمهندس والمحامى والمحاسب ، يعملون بأجر ، فإذا تعاقد العميل مع أحد منهم فالمفروض أن العمل يكون بأجر حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكر أى شئ عن الأجر . وقد طبقت المادة ٦٦٠ مدنى هذا المبدأ على المهندس المعماري ، إذ تنص الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة على أنه « ١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجر ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري » . وسنعود إلى أجر المهندس المعماري بالتفصيل فيما يلي^(٣) . وكذلك المحامى ، فإن قانون المحاماة أورد من النصوص ما يكفل له تقدير أجره ، عندما لا يكون هناك اتفاق بينه وبين موكله على الأتعاب ، وسنعرض لذلك عند الكلام في الوكالة^(٤) لأن العنصر الغالب في التعاقد مع المحامى هو عنصر التوكيل كما سبق القول .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٥٤ في الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش .
(٢) وقد نصت المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود البناني في هذا الصدد على ما يأتي : « يقدر اشتراط الأجر أو البدل في الأحوال الآتية - ما لم يقد دليل على العكس : أولاً - عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل . ثانياً - إذا كان العمل داخلاً في مهنة من يقوم به . ثالثاً - إذا كان العمل تجارياً أو قام به تاجر في أثناء مائة تجارته » (انظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش) .

(٣) انظر فقرة ١٥٥ وما بعدها .

(٤) انظر ما يلي فقرة ٢٨٠ .

٨٩ — عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر : وإذا كان وجود الأجر ضرورياً في عقد المقاولة ، فإنه ليس من الضروري تعيين مقدار الأجر. وقد قدمنا عند الكلام في الأجر كركن في المقاولة أنه لا يشترط أن يعين التعاقدان مقداره ، فإذا لم يعين المقدار تكفل القانون بهذا التعيين كما سنرى. وذكرنا أن ركن الأجر في هذه الناحية يختلف عن ركني التراضي والعمل ، فهذان ركنان يجب أن يعينهما التعاقدان في عقد المقاولة ، وإلا كان العقد باطلاً^(١). ويختلف ركن الأجر في المقاولة أيضاً عن ركن الثمن في البيع ، فالثمن لا بد من تعيين مقداره في عقد البيع أو في القليل جعل هذا المقدار قابلاً للتعيين ، ولا شأن للقانون بتعيين مقدار الثمن. وذلك بخلاف الأجر في المقاولة والأجرة في الإيجار ، فإن القانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارهما.

٩٠ — كيف يعين مقدار الأجر عند ارتقائه على تعيينه —

نص قانوني : تنص المادة ٦٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض »^(٢).

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٠ من المشروع المهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يحدد الثمن سلفاً ، أو حدد على وجه تقريبي ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض ». وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو حدد على وجه تقريبي » ، ووضع يدل لفظ « الثمن » لفظ « الأجر » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٨٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥ - ص ٤٦).
ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٥ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٦٥٨ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م ٨٨٠ : ١- إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي^{محمّد} ،
وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض. ٢- ويجب اعتبار^{الحامي} بالثمن هناك اتفاقاً
ضمنياً على وجوب الأجر ، إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان ليؤدى^{نادر}
إلا لقاء أجر يقابله. (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

وقد قدمنا عند الكلام في الأجر كركن في المقولة أنه يجب التمييز بين عدم الاتفاق على مقدار الأجر إذ يتكفل القانون في هذه الحالة بتحديد هذا المقدار كما رأينا ، وبين أن يعرض المتعاقدان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره وفي هذه الحالة تكون المقولة باطلة لانعدام أحد أركانها^(١) .

ونحن هنا في صدد الفرض الأول ، وهو أن يسكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر ، فيتكفل القانون بتعيين هذا المقدار . ويخلص من نص المادة ٦٥٩ مدنى سالفه الذكر أن تعيين مقدار الأجر في هذه الحالة يقوم على عنصرين : قيمة العمل الذى أتمه المقاول ، وما تكبده من نفقات في إنجازه . وعند الخلاف يعين القاضى مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الحارى في الصنعة في تحديد قيمة العمل . ويدخل في الحساب طبيعة العمل ، فقد يكون معقداً في حاجة إلى مهارة فنية كبيرة ، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها المقاول . ويدخل طبعاً في الحساب كمية العمل ، والوقت الذى استغرقه إنجازه ، ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته^(٢) . وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التى استخدمت في العمل ، وأجور العمال ، وغير ذلك من النفقات التى صرفها فعلاً لإنجاز العمل . وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الأجر . فالحائك أجره متعارف عليه في السوق ، تبعاً لسمعته ومهارته^(٣) ، والحجام ، والكواء ، والسباك ، والنجار ، والنقاش إلخ إلخ . وأجر الطبيب يتحدد تبعاً لعرف مهنة الطب ، ويسترشد في ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية ، وثروة المريض . وأجر المهندس المعمارى عن وضع التصميم والمقايضة غير أجره عن الإشراف على تنفيذ الأعمال (م ٦٦٠ مدنى) .

= تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٦٣٢ : إذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل ، فيعين بحسب العرف . وإذا كانت هناك تعريفة أو رسم ، وجب تطبيقهما . (وأحكام التقنين البنائى قريبة من أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ - دلفو فقرة ١٨ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٦٨ - ص ٦٩ .

(٣) بوتيه فقرة ٣٩٧ - جيوار ٢ فقرة ٦٨٩ - بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٥ .

وتعيين القاضى مقدار الأجر على النحو الذى بيناه هو فصل فى مسألة موضوعية ، فلا رقابة عليه لمحكمة النقض (١) .

٩١ — **توابع الأجر** : وسواء اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر أو تكفل القاضى بتعيين هذا المقدار ، فإن للأجر توابع يجب أن تضاف إليه ، ويلتزم رب العمل بدفعها كما يلتزم بدفع الأجر نفسه .

فنفقات دفع الأجر ، إذا كان دفعه يقتضى نفقات خاصة ، تكون على رب العمل . مثل ذلك أن يكون مشروطاً أن يكون الدفع بطريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويل على مصرف ، فتكون مصروفات الحوالة أو التحويل على رب العمل . كذلك نفقات فحص حساب المقاول وتسوية الحساب ، سواء عهد رب العمل بذلك إلى مهندس معمارى أو إلى أى شخص آخر ، تكون على رب العمل .

أما فوائد الأجر فتسرى فى شأنها القواعد العامة ، فلا تكون هذه الفوائد مستحقة فى ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (٢٢٦ م مدنى) . ولا شأن لتسليم العمل فى ذلك ، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل التسليم وطالب المقاول به هو وفوائده مطالبة قضائية ، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل ، إذا لم يطالب بها المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم . على أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى العمل وكان للمادة قيمة محسوسة ، فقد قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها (٢) . ويترتب على ذلك أن الجزء من الأجر المقابل للمادة يعتبر ثمناً لها ، وتسرى على فوائده القواعد المقررة فى فوائد الثمن . وتنص المادة ١/٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعلن المشتري أو سلم الشيء »

(١) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ - ٤٩٥ - بودرى وقال ٢
فقرة ٣٩٨٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٥ ص ١٥٢ - محمد ليب شنب
فقرة ٥٦ ص ٧١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها .

المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ويستخلص من هذا النص أن للمقاول الحق في فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التي قدمها من وقت إعداده رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية ، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل^(١).

٩٢ — مقرر الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله : وفي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر أو على الأسس التي يقوم عليها التقدير ، لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين^(٢) ، ولا يجوز لأحد منهما أن يستقل بالتعديل ، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (م ١٤٧ مدني)^(٣) . ويختلف أجر المقاول في ذلك عن أجر

(١) انظر في هذا المعنى جيوار ٢ فقرة ٨١٤ و فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ - نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الفوائد لا تستحق في هذه الحالة من وقت التسليم بل تسرى قواعد المقالة فتسرى من وقت المطالبة القضائية بها : لوران ٢٦ فقرة ١٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٢٩ ص ١٥٤ .

ومن توابع الأجر النفحة (gratification) التي يعد بها رب العمل الصانع فوق أجره ، فهذه يلتزم رب العمل بدفعها ، ما لم يثبت أن عمل الصانع لم يكن مرضياً (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ : Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٥) .

(٢) وكذلك لا يجوز تعليق دفع الأجر على تقاضي رب العمل تعويضاً عما أصابه من ضرر بخطأ الغير في العمل الذي أنجزه المقاول ، فإن العلاقة ما بين رب العمل والمقاول ويحكمها عقد المقالة غير العلاقة ما بين رب العمل والغير الذي أحدث الضرر وتحكمها المسئولية التقصيرية (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ : Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٧) .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٩٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسي فقرة ٦١٤ ص ٥١٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٥ - على أنه إذا وقع خطأ مادي في حساب الأجر فإنه يجب تصحيح هذا الخطأ بالزيادة أو بالإنقاص ، كما لو وقع خطأ في حساب الأعمال التي تمت أو في الأسعار وفقاً لما جاء في المقايضة (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٨ ص ٩٢٣ - استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٦ ص ١٦٣) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحسن تدخل المشرع وجعل أجر المقالة قابلاً للتخفيض إذا وقعت فيه مغالاة ، نظراً لأن المقاول أو المهندس رجل فني وهو أقوى كثيراً من رب العمل الذي تنقصه الخبرة والتجارب ، وذلك بدلاً من أن يلجأ القضاء إلى التحايل فيتلمس في قواعد عقد الوكالة أو في عيوب الإرادة ما يسمح له بإنقاص الأجر (محمد ليبب شنب فقرة ١٣٦) .

الوكيل ، فإن أجر الوكيل خاضع لتقدير القاضى ولو كان المقدار متفقاً عليه بين المتعاقدين (م ٧٠٩/٢ مدنى) .

وقد رأينا عند تمييز المقاوله عن الوكالة أن العقد قد يقع على مزيج من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، كما هي الحال فى المحامى والمهندس المعماري ، فيكون العقد مقاوله فيما يتعلق بالأعمال المادية ووكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية^(١) ، ومن ثم تطبق أحكام المقاوله وأحكام الوكالة فيجوز تخفيض الأجر فى الجزء المتعلق بأعمال الوكالة دون الجزء المتعلق بأعمال المقاوله^(٢) . فإذا تعذر تعيين جزء من الأجر لأعمال الوكالة وجزء آخر لأعمال المقاوله ، نظر إلى العنصر الغالب ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بالمحامى ويجوز تخفيض أجره ، ومقاوله بالنسبة الى المهندس ولايجوز تخفيض الأجر^(٣) .

٩٣ — استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه : على أنه استثناء من القاعدة المتقدم ذكرها من أنه لايجوز مراجعة الأجر المتفق عليه إلا باتفاق الطرفين معاً ، توجد أحوال ثلاثة يجوز فى بعض صورها تعديل الأجر بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين . وهذه الأحوال الثلاث هي :

١ — الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، فتجوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطر المقاول إلى مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة (م ٦٥٧ مدنى) .

٢ — الاتفاق على أجر إجمالى على أساس تصميم معين ، فلا تجوز زيادة الأجرة إلا إذا حصل فى التصميم تعديل أوإضافة وكان ذلك راجعاً إلى خطأ رب

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ — ديچون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ — ٢ — ٥٥ — السين ١٩ يولييه سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤ — ١ — Suppl. — ٦ — ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Droit ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥ — عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧٤ (٣) انظر آنفاً فقرة ٥ — وفى فرنسا لايجوز تخفيض أجر المقاول المتفق عليه إطلاقاً ، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٨ من دكرېتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ وهو الدكرېتو الخاص بواجبات المهندس المعماري (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ — بلانيول وريبير ورواست ١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١) .

العمل ، أولاً إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة (م ٦٥٨ مدني) .

٣ - أجر المهندس المعماري ، فيجوز إنقاظه في صورة ما إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه (م ٦٦٠ مدني)^(١) .

فنستعرض هذه الأحوال الثلاث متعاقبة ، لتبين في أية صورة من صور كل منها تجوز زيادة الأجر أو إنقاظه .

§ ١ - الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة

٩٤ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » .

« ٢ - فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل »^(٢) .

(١) ولا يعد استثناء أن ينخفض الأجر بسبب فسخ العقد قبل إنجاز العمل ، كأن يتحلل رب العمل من المقاول طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدني أو ينتهي عقد المقاول بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد طبقاً لأحكام المادة ٦٦٦ مدني ، ففي هذه الأحوال ينخفض الأجر بما يجعله مناسباً لما أنجز من العمل كما سنرى - وقد نصت المادة ٦٧٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني في هذا الصدد على ما يأتي : « إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذي أتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التي قدمها » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن . فإن لم يفعل ،

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ويمكن القول إن النص يقرر أحكاماً تتفق مع النية المحتملة للمتعاقدين ، فهو من هذه الناحية لا يخرج على القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٦٢٣ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٩ - إلا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

= سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات . ٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المَقاول التعويضات المنصوص عليها في المادة ٨٨٥ إلا ما تعلق منها بمخالفاته من كسب . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتي : « فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع تعويض المَقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . وأصبح رقم المادة ٦٨٦ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل صدر الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقررة مجاوزة محسوسة » ، وذلك لأن النص الأصلي قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد في المقايضة ، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته بلحته تحت رقم ٦٨٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة « مع إبقاء المَقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » بعبارة « مع تعويض المَقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » ، وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المَقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها المَقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المَقاول تنفيذاً جزئياً . وقد صار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٧ - ص ٤٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل (ولكن النص كما قدمنا لا يخرج على القواعد

العامة) .

٩٥ - شروط مهنة رطب النخيل : ويتبين من النص سالف الذكر

أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق :

(الشرط الأول) أن يكون الأجر في المفاوضة متفقاً عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة (marché sur devis) . فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلاً ، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين (marché à forfait) ، فإن النص لا ينطبق . والحكمة في ذلك أنه في حالة ما إذا لم يتفق على مقدار الأجر ، فقد قدمنا أن هذا المقدار يتكفل بتعيينه القاضي ، فلا محل للبحث فيما إذا كان يزيد أو ينقص لأنه غير معين المقدار منذ البداية . وإذا كان الأجر أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين ، فإنه لا يزيد ولا ينقص ، كما سنرى ، لتعديل في التصميم أو لزيادة في الأسعار ، إلا في ظروف خاصة وبشروط معينة سيأتى ذكرها عند بحث هذه الحالة . فالواجب إذن أن يكون الأجر مقدراً بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة ، حيث يقتضى ذلك أن يتفاوت الأجر بحسب كمية الأعمال التي تمت ، فلا يكون في زيادة الأجر إذا اقتضى الأمر ذلك على ما سنرى ما يخالف طبيعة الاتفاق .

(الشرط الثانى) مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايضة ، لا مجاوزة أسعارها . فإذا ورد في المقايضة مثلاً كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس ، ثم رأى المفاوض عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر في المقايضة وأن هذا التعميق يقتضى كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايضة ، فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيهما الشرط الثانى . أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها ، والعبرة بالأسعار الواردة في المقايضة إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل في الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار ، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة . وعلى كل حال لا يقام لزيارة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة في المقايضة وزن إلا في حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة في مبدأها العام ، لا في صورتها الخاصة الواردة في الحالة الثانية

المتعلقة بالاتفاق على أجر إجمالي للمقاولة على أساس تصميم معين وهى الصورة التى سنتولى تفصيلها فيما يلى . والذي يدل على أن المقصود بالمجازرة المحسوسة هى المجازرة فى الكم لا المجازرة فى السعر أن المشروع التمهيدى لصدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى ؛ « إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المصروفات المقدرة فى المقايضة مجازرة محسوسة . . » . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل هذا النص على الوجه الآتى : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المقايضة المقدرة مجازرة محسوسة . . » . وقيل فى اللجنة ، تبريراً لاستبدال عبارة « مجازرة المقايضة المقدرة مجازرة محسوسة » بعبارة « مجازرة المصروفات المقدرة فى المقايضة مجازرة محسوسة » ما يأتى : « إن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجازرة هو مجازرة السعر الوارد فى المقايضة ، مع أن المقصود هو حالة مجازرة الكم لا السعر » .^(١) ولا بد أن تكون مجازرة الكم مجازرة محسوسة كما هو صريح النص ، فإذا لم تكن محسوسة بأن زاد الكم زيادة طفيفة ، وجبت زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة ولا خيار لرب العمل . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار ، وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولا يكتفى أن تكون الزيادة محسوسة ، بل يجب أيضاً ألا تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة . ويفهم ذلك من سياق النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كما رأينا : « . . وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المقايضة المقدرة مجازرة محسوسة . . » . وموئدى ذلك أن المجازرة المحسوسة لم تكن متبينة عند إبرام عقد المقاولة ، وإنما تبينت فى أثناء العمل . فإذا كانت المجازرة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ، زاد الأجر بمقدار هذه المجازرة ولا خيار لرب العمل . (الشرط الثالث) أن يخطر المفاوض بمجرد تبينه للزيادة رب العمل بذلك . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى فى هذا المعنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧ - ص ٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٩٤ فى الهامش .

كما رأينا : « وجب على المكاوّل أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » . فالواجب إذن أن يخطر المكاوّل رب العمل بما يتوقعه من زيادة . ولم يشترط النص شكلاً خاصاً لهذا الإخطار ، ولا ميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه . ولذلك يجوز أن يكون الإخطار على يد محضر ، أو بكتاب مسجل ، أو بكتاب عادي ، أو شفويّاً ، وعلى المكاوّل عبء إثبات أن الإخطار قد تم . ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المكاوّل للزيادة ، فإذا سكت عن الإخطار بعد تبينه الزيادة مدة لا مبرر لها ، حمل ذلك على أنه قد نزل نزولاً ضمناً عن حقه في استرداد قيمة الزيادة ، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل . ويجب أن يشتمل الإخطار على مقدار ما يتوقعه المكاوّل من الزيادة في الكم وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر ، ويتقيد بما ذكره في الإخطار ، فإن تبين بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدر ، فالعبرة بمقدار الزيادة التي ذكرها في الإخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية . ومن ثم يحسن بالمكاوّل أن يحتاط ، ويكتفي في الإخطار بذكر الأسس التي تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقماً معيناً لهذه المجاوزة ، تاركاً ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل . من نتيجة فعلية .

فإذا لم يخطر المكاوّل رب العمل بالمجاوزة ، أو أبطأ في إخطاره دون مبرر ، أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو في القليل الأسس التي تقوم عليها المجاوزة المتوقعة ، « سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » كما يقول النص ، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل ، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر في المقايضة .

٩٦ — ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة — فرضاه : فإذا توافرت

هذه الشروط الثلاثة على النحو الذي فصلناه ، فإن هناك فرضين يجب التمييز بينهما لأن لكل فرض منهما حكمه الخاص به . فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة وهذا هو الفرض الأول ، وإما أن تكون هذه المجاوزة جسيمة وهذا هو الفرض الثاني .

٩٧ — الفرض الأول — المجاوزة غير جسيمة : لم تعرض المادة ٦٥٧ مدني

سألفه الذكر لهذا الفرض صراحة ، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة يستخلص منه أن رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة ، وبأنه يجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة ، شاء رب العمل أو أبى .

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة كما سيأتى ، أو غير جسيمة فتبقى رب العمل مقيدا بالمقاولة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض . فإذا تبين مثلاً أن المجاوزة هي ١٠٪ من الأعمال التى كانت مقدرة فى المقايضة ، فالغالب أن قاضى الموضوع لا يعتبر هذه المجاوزة جسيمة ، ويقضى بزيادة الأجر ١٠٪ عما كان مقدراً فى المقايضة . ويرر زيادة الأجر فى الفرض الذى نحن بصدد أن الزيادة عادلة إذ لها ما يقابلها ، وهى بعد غير مرهقة لرب العمل إذ هى زيادة غير جسيمة .

٩٨ — الفرصه الثانى — المجاوزة جسيمة : أما إذا كانت المجاوزة جسيمة ،

فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى ببيان الحكم فى ذلك ، إذ تقول كما رأينا : « فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ويستخلص من هذا النص أنه إذا كانت المجاوزة جسيمة ، فإن رب العمل يكون بالخيار بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يبقى مقيداً بالمقاولة ، ويطلب من المقاول إتمام العمل . وفى هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة . ويبقى عقد المقاولة نافذاً بجميع شروطه ، فيما عدا الأجر فإنه يزيد الزيادة المناسبة كما سبق القول . (الأمر الثانى) أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة

الجسيمة فى الأجر مرهقة له . وفى هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل ، على أن يكون ذلك دون إبطاء . فإذا أبطأ فى هذا الطلب إبطاء لا مبرر له ، كان للمقاول أن يمضى فى العمل ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول أى إبقاء المقاولة مع الزيادة فى الأجر . والطلب الذى يتقدم به رب

العمل لوقف التنفيذ لا يشترط فيه شكل خاص ، فقد يكون على يد محضر أو مكتوباً أو شفويّاً ، ولكن عبء إثبات التقدم بهذا الطلب يقع على رب العمل . فإذا تقدم رب العمل بهذا الطلب ، وجب على المكاوّل أن يقف تنفيذ العمل ، ويتحلّل رب العمل من المكاوّل . ولكن يجب عليه أن يعوض المكاوّل بإيفائه « قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . فيرد للمكاوّل قيمة ما أنجزه من الأعمال إلى يوم إخطاره بوقف العمل ، وتقدر هذه القيمة ، لا بحسب ما أنفق المكاوّل فعلاً ، بل بحسب ما هو مقدر طبقاً لما جاء في المقايسة . فقد تكون القيمة التي أنفقها المكاوّل فعلاً ، نظراً لارتفاع في بعض الأسعار ، أكبر من القيمة المقدرة طبقاً للمقايسة ، فلا يسترد المكاوّل إلا القيمة الأخيرة ، وبذلك يكون عقد المكاوّل قد نفذ تنفيذاً جزئياً لا تنفيذاً كلياً^(١) . ويجبر المكاوّل على هذا التنفيذ الجزئي . وليس له أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، كما يكون له ذلك في حالة أخرى هي حالة تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة وفقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدني وسيأتي بحثها تفصيلاً فيما يلي^(٢) . ذلك لأن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بمحض رغبته كما يتحلل منه بإرادته المنفردة في الحالة الأخرى ، بل هو قد اضطرر للتحلل منه أمام هذه الزيادة الحسيمة المرهقة في الأجر ، ومن ثم لا يجبر على

(١) وقد كان المشروع النهائي للفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدني يجري على الوجه الآتي : « . . مع تعويض المكاوّل عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال . . » . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدّل النص على الوجه الآتي : « . . . مع إيفاء المكاوّل قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد » . وقيل في اللجنة تبريراً لهذا التعديل : « وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المكاوّل من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها ، لأن رب العمل لم يكن مسئولاً عن مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة وقد تكون قيمة المصروفات الفعلية التي أنفقها المكاوّل مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المكاوّل تنفيذاً جزئياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٩ - ص ٤٠ - وانظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) .

وغنى من البيان أنه إذا نزلت بعض الأسعار عما هو مقدر في المقايسة ، يبقى رب العمل ملتزماً بإيفاء المكاوّل قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة طبقاً لما جاء في المقايسة ، فيكون للمكاوّل الغنم في هذا الفرض ، كما كان عليه الغرم في الفرض الأول .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١٣٧ وما بعدها .

تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . ويمكن القول بأن تحلل رب العمل من المقاول هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي ، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره ، ويفسخ العقد في الشطر الذي لم ينفذ^(١) .

§ ٢ - الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين

٩٩ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٨ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « ١ - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره . »
 « ٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة . »

« ٣ - وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . »

« ٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد^(٢) »

(١) ويصح تكييف تحلل رب العمل من المقاول تكييفاً آخر . فيقال إن رب العمل وقع في غلط جوهري ، وهو غلط اشترك فيه المقاول ، إذ اعتقد الطرفان أن تنفيذ المقاول لا يقتضي هذه الزيادة الجسيمة المرفقة . فلما كشف رب العمل عن غلظه ، طلب إبطال العقد ، وعوض المقاول عما أنجزه من العمل مقدراً طبقاً للمقايضة على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب مخوراً بعض التحوير . ولرب العمل ألا يطلب إبطال العقد ، فيبقى العقد نافذاً بجميع شروطه مع زيادة الأجر . أما إذا كانت المجاوزة غير جسيمة ، فالغلط لا يكون جوهرياً ، ومن ثم لا يجوز لرب العمل إبطال العقد .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - إذا أبرم العقد بشئ حدد جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤١٨/٥١٠ (١) .

= فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الثمن، حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون هذا قد أذن به واتفق مع المقاول ثمنه . ٢ - وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الثمن ، حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٣ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٤ - على أنه إذا اختل التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد ، وانهار بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المفاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة في الثمن أو أن يأذن في فسخ العقد . وفي لجنة المراجعة عدل ترتيب الفقرات وأدخلت تعديلات لفظية ، فأصبح النص كما يأتي : « ١ - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه وقد اتفق مع المقاول على أجره . ٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٣ - وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المفاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . وأصبح رقم المادة ٦٨٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخل على الفقرة الرابعة تعديل على الوجه الآتي : « على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي . . . بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان . . . » ، فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ، وحتى تتمشى المادة التي نحن بصدد مع المادة ٢/١٥١ (م) ٢/١٤٧ مدني في خصوص الحوادث الطارئة) ، إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية . ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته . وفي لجنة الشيوخ أضيفت عبارة « أو غيرها من التكاليف » في الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها ، وفي الفقرة الرابعة حذفت عبارة « انهياراً تاماً » لأن كلمة « انهيار » الواردة في صدر الفقرة تؤدي الغرض ، كما استبدلت عبارة « وتداعى بذلك الأساس » بعبارة « وانعدم بذلك الأساس » لأن العبارة الأولى أوفى ببيان المقصود . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٠ - ص ٤٥) .

(١) التقنين المدني القديم م ٤١٨/٥١٠ : لا يجوز لمن تعهد بعمل بالمفاوضة أن يطلب

بأية علة زيادة مبلغ المفاوضة ، إلا إذا زادت مصاريف العمل بسبب من صاحب العمل .

(ونص التقنين المدني القديم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد عمم النص ليشمل المفاوضة بأجر إجمالي والمفاوضة بسعر الوحدة . ويمتاز نص التقنين المدني الجديد عنه بأنه يضيف إلى ذلك تطبيقاً مستحدثاً لنظرية الظروف الطارئة في عقد المفاوضة بأجر إجمالي ، بعد أن تقرر المبدأ العام =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٧ - ٨٧٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٥ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن له نطاقاً خاصاً في التطبيق ، وفي هذا النطاق الخاص تكون القاعدة العامة هي عدم تعديل الأجر المتفق عليه ، ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما هذا التعديل . فنتناول بالبحث هذه المسائل المختلفة .

١٠٠ - نطاق تطبيق النص : جاء في صدر الفقرة الأولى من هذا النص : « إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل . . » . فالمفروض إذن أن هناك عقد مقاوله حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم متفق عليه بين الماقول ورب العمل . ونرى من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها في عقد المقاوله حتى يدخل في نطاق تطبيق النص :

= لنظرية في المادة ٢/١٥١ مدني . والأحكام المستعمدة في نص للتقنين المدني الجديد لا تسري إلا بالنسبة إلى عقود المقاوله المبرمة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٤ (مطابق للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥٨ من التقنين المصري ، ولم يورد التقنين السوري الفقرتين الأخيرتين ، فلم يبق إلا تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في مبدأها العام كما هي مقررة في المادة ٢/١٤٨ مدني سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٧ و ٨٧٨ (والنصان مطابقان لنص المشروع التمهيدى - م ٨٧٩ - من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٥ : من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقديم وضعه بنفسه أو وافق عليه ، لا يجوز له أن يطلب زيادة على البدل بحجة أن النفقات تجاوزت المبلغ المقدّر في الرسم أو في التقويم ، إلا إذا كان صاحب الأمر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ ، أو كان هناك نص على العكس .

(ونص التقنين اللبناني يقارب نص المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي . ولا يشتمل - كما اشتمل التقنين المصري - على تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة في حالة علو الأسعار أو الأجور . ولما كان التقنين اللبناني لا يقر نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام ، فلا مجال إذن لتطبيقها في عقد المقاوله) .

أولاً- أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص . وهنا نرى أن الحالة التي نحن بصددھا غير الحالة الأولى التي سبق بحثھا . ففي الحالة الأولى يكون الأجر في عقد المقاولة مقدراً بحسب مقايضة على أساس سعر الوحدة ، ومن ثم جاز أن يزيد الأجر إذا وقعت مجاوزة محسوسة للأعمال المقدرة في المقايضة على النحو الذي فصلناه فيما تقدم^(١) . أما هنا فالأجر يحدد إجمالاً ، وقد أراد رب العمل أن يحدد نهائياً ومقدماً مقدار الأجر الذي يدفعه . فإذا كان الأجر الإجمالي غير محدد تحديداً نهائياً ، كأن اتفق الطرفان في العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً ، فالأجر لا يكون محدداً إجمالاً على وجه نهائي ، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض في نطاق تطبيق النص ، بل تسرى في شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابي على تعديل التصميم وعلى مقدار الأجر^(٢) .

ثانياً - أن تكون المقاولة على أساس تصميم متفق عليه ، وذلك حتى تبين حدود العمل على وجه كامل واضح نهائي . فيجب أن يكون التصميم كاملاً ، ولا يلزم أن يتمثل في رسوم^(٣) وإن كان هذا هو الغالب^(٤) ، ولكن يجب أن يكون وصفاً كاملاً يتضمن جميع الأعمال المطلوبة . فلو اشتمل على جزء

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١١ - نقض فرنسي ٩ فبراير سنة ١٩٦٠ ١٩٦٠ دالوز ١٩٦٠ - ٤٥ قسم الأحكام المختصرة - لاجراف فقرة ١٢ ص ٣٣ و فقرة ١٥ ص ٣٥ - ص ٣٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٤ . كذلك إذا حددت الأعمال المقدرة لها الأجر الإجمالي في تصميم متفق عليه بين الطرفين ، فإزاد على هذه الأعمال بما يمكن أن يدخل في عقد المقاولة لا يشمل الأجر الإجمالي ، ولا يتحمله المقاول (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٥) . ولكن ليس للمقاول أن يطلب زيادة في الأجر بدعوى أن التصميم يختلف عن المقايضة وأنه نفذ ماورد في التصميم دون المقايضة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٤) .

(٣) لاجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ .

(٤) ويكون إثبات التصميم طبقاً للقواعد العامة (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٠ ص ١١٣٩ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٨) .

منها على أن يستكمل فيما بعد لم تكن المقابلة جزائية ، إذ يجب أن يكون التصميم كاملاً وقت إبرام المقابلة لا في وقت لاحق^(١) ، وذلك حتى تكون المقابلة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقول النص (م ٦٥٨ / ١ مدني) . ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً ، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلاً دقيقاً ، فلا يكون التصميم الذي لا يشمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها ، أو إلا على مخطط تقريبي غير دقيق لهذه الأعمال ، تصميمياً واضحاً^(٢) . ويجب أخيراً أن يكون التصميم نهائياً ، فإذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل في التصميم في أثناء تنفيذ المقابلة ، سواء بالإضافة أو بالحذف أو بالتغيير ، فإن التصميم لا يكون نهائياً ، ولا تكون المقابلة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقضي نص القانون^(٣) .

ثالثاً - أن يكون عقد المقابلة مبرماً بين رب العمل الأصلي والمقاول ، أما إذا أبرم بين مقاول أصلي ومقاول من الباطن ففيما بينهما لا تسري المادة ٦٥٨ مدني وإنما تسري القواعد العامة . فلو اتفق مقاول أصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالي جزائي ، فإن القواعد العامة هي التي تسري كما قدمنا ، ويستطيع المقاول من الباطن أن يجري تعديلاً في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة ، ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذا التعديل ،

(١) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - لاجراف فقرة ٢٧ ص ٥١ - محمد ليب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٢) لاجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ - محمد ليب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ٤٦٨ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١٥٠ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ٨٠ - ١٠ مايو سنة ١٩٦٠ دالوز ١٩٦٠ - ٥٧١ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٦ - لاجراف فقرة ٢٤ ص ٤٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ - ١٦٦ .

ويستثنى بعض الفقهاء حالة ما إذا احتفظ رب العمل بإجراء تعديلات طفيفة قليلة الأهمية بالنسبة إلى مجموع الأعمال (أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ - ويشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ - ١ - ٨٤) . ولا يمنع من أن يكون الأجر إجمالياً الاتفاق على أن يوضع بيان نهائي بحالة الأعمال عقب إنجازها (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥) .

ويرجع مع ذلك بالأجر الزائد حسب أهمية التغير ونفقات العمل ، وكان لا يستطيع ذلك لو أن المادة ٦٥٨ مدني هي التي تسري كما سنرى . والسبب في ذلك أن المادة ٦٥٨ مدني إنما وردت لتحمي رب العمل وهو عادة رجل غير فني قليل الخبرة من المقاول وهو دائماً رجل فني واسع الخبرة ، ولاتتوافر حكمة النص في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن إذ هما يتساويان في المعرفة الفنية وفي الخبرة فيمكن في العلاقة بينهما أن تسري القواعد العامة^(١) . ويلاحظ أن المادة ٦٥٨ مدني ، في فقرتها الثالثة والرابعة الخاصتين بإنهيار التوازن الاقتصادي ، تسري في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، لأن العلة في استبعاد النص فيما يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى انهيار التوازن الاقتصادي .

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة ، فقد دخلنا في نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني ، ولاهم بعد ذلك أن تكون المقاوله محلها إقامة بناء أو غير ذلك كصنع أثاث ، أو أن يكون محلها عملاً كبيراً كصنع سفينة أو عملاً صغيراً كصنع مكتب أو مكتبة . فنص المادة ٦٥٨ مدني مطلق لا يفرق بين فرض وآخر ، بخلاف المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي فهي لا تتكلم إلا عن البناء ، وبخلاف المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي فهي لا تتكلم إلا عن الأعمال الكبيرة^(٢) .

١٠١ - القاعدة العامة : وإذا توافرت الشروط الثلاثة التي فصلناها فيما تقدم ، فإن الأجر الإجمالي الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان في عقد المقاوله لا يكون قابلاً للتعديل ، لا بالزيادة ولا بالنقص^(٣) . وذلك حتى لو أدخل

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٨٨ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٤ مكررة - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ ص ١٨٢ - دي پاچ ٤ فقرة ٩٠٧ (ج) ص ٩٣٨ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤٣ - نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ جازيت دي پاليه ١٩٣٧ - ٥٢٤ .

(٢) لاجراف فقرة ١٣ ص ٣٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٠ ص ١٩٢ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٤ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١١ (ويريان. الاقتصاد على البناء دون الأعمال الكبيرة) - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٦ - نقض فرنسي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١ - ٢٣٨ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٥٩ - ٤٨٩ .

(٣) وذلك إلا إذا كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه ، فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧ - ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦) .

المقاول تعديلاً على التصميم ، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو ، ولو كان التعديل هاماً نافعاً ، بل ولو كان ضرورياً^(١) . كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية ، أو زادت أجور العمال ، أو وقع حادث غير منتظر زاد في تكاليف الأعمال ، كما إذا تبين أن طبيعة الأرض تقتضى أعمالاً أكثر كلفة (فما عدا الغلط الجوهرى) ، أو انتشر وباء أو دهم غرق مما اقتضى أن تزيد التكاليف ، أو زادت أجور نقل المواد الأولية أو أجور نقل العمال ، أو زاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة ، أو زادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد . وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ مدنى تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو غيرها من التكاليف » لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها^(٢) .

وليس هذا إلا تمشياً دقيقاً مع إرادة المتعاقدين . فقد قصد رب العمل من أن يكون الأجر إجمالياً جزافياً ، وقبل المقاول منه ذلك ، لأنه أراد أن يعرف بصفة نهائية حاسمة ما يجب عليه دفعه من الأجر بحيث لا يستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من ذلك ، ولا يستطيع هو أن يدفع للمقاول أقل من ذلك . وقصد رب العمل من الاتفاق على هذا النحو أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت ، فلا يفاجأ بأية زيادة . فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة في أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو غير ذلك مما فصلناه فيما تقدم ، فإن تبعة هذا كله يتحملها المقاول ولا شأن لرب العمل بها . وفى نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه ، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض فى الأجر . هذا هو المعنى المقصود من الاتفاق فى المقابلة على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين متفق عليه بين الطرفين . فلا يجوز الخروج على هذا المعنى المقصود ، وقد قررت

(١) دويه ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١-٤٧ قسم الأحكام المختصرة - محمد لبيب
شنب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ - ص ١٧١ - عكس ذلك مجلس الدولة الفرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨
مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٧ - ٨٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤ - وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش .

المادة ٦٥٨ مدني كما رأينا هذا الحكم كبداً عام ، وقصدت أن تحمي رب العمل من المقاول لضعف خبرة الأول بالنسبة إلى خبرة الثاني كما سبق القول ، فأجازت له أن يصل بالاتفاق مع المقاول على أجر إجمالي جزافي إلى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات .

ويقال عادة إن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه . ويمثل لذلك بجواز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمقاول الحق في القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجراً عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها ولم يتفق على أجرها^(١) . ولكن عقد المقاولة في هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني ، فقد قدمنا أن التصميم الذي يقوم عليه عقد المقاولة يجب أن يكون تصميمياً نهائياً ، فلا يجوز أن يحتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل في التصميم في أثناء تنفيذ المقاولة ، وإذا احتفظ بهذا الحق صح ذلك ولكن المقاولة تخرج عندئذ عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني^(٢) . ونرى من ذلك أنه إذا توافرت في المقاولة الشروط الثلاثة التي سبق تفصيلها^(٣) ، فإنه لا يتصور الاتفاق العكسي ، ويجب إعمال المادة ٦٥٨ مدني فلا يزيد الأجر المتفق عليه ولا ينقص بأي حال من الأحوال .

بل إن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر . فلو أن المقاول وجد أنه من الضروري إدخال تعديل في التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه ، فإنه لا يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه^(٤) ، ولا يستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء

(١) نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٣٨٦ - ١٦ يناير سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٤٢٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المقاول قد اتفق على مقابل إجمالي للعمل الذي كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل المتعلقة بالعمل ، فلا يكون له وجه في المطالبة بأي زيادة ، لأن عقد المقاولة يتضمن في الواقع اتفاقاً على بيع المواد الأولية للبناء وعلى أجرة الصانع لها ، وليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع =

بلا سبب ، بحجة أن الأعمال التي تمت بعد تعديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدني (١) .

فالأجر الإجمالي الجزافي المتفق عليه لا تجوز إذن زيادته ، ولوعدل المفاوض التصميم أوزادت الأسعار أو الأجور على النحو الذي بسطناه .

١٠٢ - فرضانه استثنائية : ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان تجوز فيهما زيادة الأجر : (الفرض الأول) تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه . (الفرض الثاني) زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاوض . ونبحث كلا من هذين الفرضين .

١٠٣ - الفرض الأول - تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥٨ مدني لا تجيز زيادة الأجر الجزافي ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة « إلا أن

= أن يمتنع عن عمل ما تمهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة . فإذا قام المفاوض بعمل زائد بدون إذن من صاحب العمل ، فإن المفاوض يعتبر قابلاً لإجراء العمل الزائد من غير أن يحتسب له ثمناً خاصاً (استئناف مصر ١٠ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٧ ص ٤١٢) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥ .

(١) - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥٨٧ - ٣١ فبراير سنة ١٩٤٤ D. A. ١٩٤٤ - ٥٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٩ - جيور ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بيدان ١٢ فقرة ٢٢١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٣ - لاجراف فقرة ٣٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٨ - جورييه في الإثراء بلا سبب رسالة من باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٨٨ - مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ - دي پاچ ٤ فقرة ٩٠٨ ص ٩٣٨ - رواست في الإثراء بلا سبب والفضاء المدني مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٨٥ - عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٩ .

وبفرض أن قيمة الأعمال التي أنجزت بعد تعديل التصميم تزيد عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، فإن زيادة القيمة لها سبب هو عقد المفاوضة ، والشرط في الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك سبب قانوني للإثراء (الوسيط ١ فقرة ٧٧٤ ص ١١٣٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧١) . ويجوز للمفاوض نزع الأعمال التي كانت سبباً في زيادة القيمة بشرط ألا يكون ذلك ضاراً برب العمل (بيزوس ص ١٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧١) .

يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره .

فإذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة ، وكان ذلك نتيجة حتمية لخطأ من رب العمل ، كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريد لها للبناء ، أو قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وأن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التي يملكها رب العمل ، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل . فإذا كان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي المتفق عليه ، فإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول ، لأنه هو الذي تسبب فيها بخطأه^(١) . ولا يشترط أن يكون رب العمل سيئ النية ، ولا حتى أن يكون مقصراً ، فقد يعتقد بحسن نية أن الأرض التي قدمها للمقاول هي كلها ملكه دون أن ينسب إليه في ذلك عدم حيطة ، ومع ذلك يكون مسئولاً عن زيادة التكاليف . فيكفي إذن أن يكون التعديل في التصميم الذي تسبب في زيادة التكاليف ناجماً عن فعله ومنسوباً إليه ، دون حاجة لأن يثبت في جانبه أي تقصير أو خطأ . بل ليس من الضروري أن يكون هناك تعديل في التصميم أصلاً ، ويكفي أن يتسبب رب العمل بفعله في زيادة التكاليف ، كأن يتأخر في الحصول على رخصة البناء أو في تقديم الأرض التي يجب البناء عليها ، فينجم عن ذلك تعطيل في العمل يحشم المقاول نفقات زائدة ، فيرجع بها عليه لأنه هو المتسبب فيها .

كذلك يرجع المقاول بالزيادة في الأجر إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة ، وكان رب العمل قد أذن بذلك واتفق مع المقاول على مقدار الأجر الزائد . فلا يكفي إذن أن يأذن رب العمل بالتعديل أو الإضافة في التصميم ، فقد يحدث أن المقاول يزين له تعديلاً في التصميم أو إضافة فيه فيغريه بقبول

(١) استئناف مختلط ٢٢٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٣٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٦ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٧ - ٢ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٦٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٣ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٢ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - محمد لبيب شنب فقرة ١٤٠ .

ذلك ، ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة في الأجر لم يكن يتوقعها ولم يكن يحسب أن التعديل الذى وافق عليه يقتضى كل هذه النفقات ، فتضيع عليه ميزة الأجر الحزافى الذى اطمأن إليه عند إبرام المفاوضة^(١) . فأراد المشرع ، إمعاناً في تنبيه رب العمل إلى الزيادة في الأجر التى سيتحملها ، أن يكون التعديل في التصميم متفقاً عليه بينه وبين المفاوض ، وأن يعين في هذا الاتفاق مقدار الزيادة في الأجر التى ستنتج عن هذا التعديل ، وأن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان عقد المفاوضة الأصيلى قد حصل بالكتابة إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا « ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصيلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة » . ولواقصر المشرع على اشتراط أن يكون التعديل مأذوناً به من رب العمل ، لما كان في هذا خروج على القواعد العامة ، فقد وقع اتفاق جديد عدل من الاتفاق الأصيلى فوجب أن يسرى الاتفاق الجديد . ولكن المشرع لم يكتف بذلك ، بل أوجب أن يتفق رب العمل مع المفاوض مقدماً على مقدار الزيادة في الأجر . وهنا الخروج على القواعد العامة^(٢) ، فقد كانت هذه القواعد تقضى بأنه يكفى أن يتفق رب العمل مع المفاوض على التعديل في ذاته ، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة في الأجر ويرجع في هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض (م ٦٥٩ مدنى)^(٣) . أما حيث اشترط القانون أن يكون الاتفاق على هذه الزيادة ثابتاً بالكتابة إذا كان عقد المفاوضة الأصيلى مكتوباً ، فليس في ذلك خروج على القواعد العامة ، فإنه إذا كان عقد المفاوضة الأصيلى مكتوباً لم يجز إثبات الزيادة في الأجر - وهى عكس ما هو ثابت بالكتابة - إلا بالكتابة . ومن ذلك نرى أن الكتابة هنا ليست لازمة إلا للإثبات ، ومن ثم يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبيئة أو بالقرائن ، وكذلك تغنى عنها البيئة والقرائن إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد المفاوض سنده المكتوب لسبب

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٠٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ -

مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٧ - ص ١٦٨ .

(٢) لاجراف فقرة ٤٧ ص ٩٨ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٩ - ص ١٧٠ -

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

لا يد له فيه^(١). ومادام اشتراط الكتابة في إثبات الزيادة في الأجر إذا كان عقد المقاوله الأصلي مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فإن الكتابة تشترط ، لا في إثبات الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر فحسب ، بل تشترط أيضاً في إثبات الاتفاق على التعديل في ذاته ، وإن كان ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني يوهم أن اشتراط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر دون الاتفاق على التعديل في ذاته^(٢).

(١) محمد ليبب شنب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ - أما في فرنسا فيذهب القضاء والفقه إلى أن المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي تشترط الكتابة لصحة الإذن في التعديل لا لجرد إثباته ، فلا يغني عن الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة ولو عزز بالبيئة أو بالقرائن (نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٦٦ - ٤ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٢٤٦ - ١٠ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٦٧ - ٨ يونيو سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ٦٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٧ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ - مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦) . ولكن الكتابة غير ضرورية لصحة الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر ، بل يصح أن يكون هذا الاتفاق شفويّاً وتسري في إثباته القواعد العامة (نقض فرنسي ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ١٠٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٨ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ ص ١٨٤) . وفي عهد التقنين المدني المصري القديم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر ، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فعلاً . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه جرت العادة في أشغال العمارات أن يغير أصحابها في تنفيذ الأعمال المختصة بها ، ومن تلك التغييرات ما يكون وقتياً فلا يؤخذ به عقد خاص . ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن أقوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٦ - ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٥٣٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٨ - خص ١٦٩ .

والإذن الصادر من رب العمل في تعديل التصميم يجوز أن يصدر منه شخصياً أو من وكيل عنه مفوض تفويضاً خاصاً في هذا الإذن ، فلا تكن الوكالة العامة التي للمهندس عن رب العمل ، بل يجب أن يكون المهندس مفوضاً تفويضاً خاصاً من رب العمل في الإذن بالتعديل (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٥٩ - كان ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ٤١٦ - الجزائر ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ Le Droit ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٢ - بودري وقال ٢ =

١٠٤ - الفرصه الثاني - زيادة التكاليف زيادة فاصلة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول : رأينا أن الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١٥٨ مدني تنصان على ما يأتي : « ٣ - وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . » وهذه النصوص تطبيق واضح في عقد المقاولة لنظرية الحوادث الطارئة التي تقرر مبدأها في المادة ٢/١٤٧ مدني على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(١) . »

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الصورة التي نحن بصدددها هي نفس شروط تطبيق النظرية في مبدأها العام ، كما يتبين من المقارنة ما بين النصوص سالفة الذكر . وقد قدمنا عند الكلام في نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام^(٢) ، أن هذه الشروط أربعة :

= فقره ٤٠٠٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقره ٩٤٢ ص ١٨٤ - محمد ليب شنب فقره ١٤١ ص ١٦٩ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والفقره الرابعه هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة في حالة عقد المقاولة . وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة في المادة ٢١٣ فقره ٢ منه (م ٢/١٤٧ مدني) . والمعيار الذي يقرره النصوص - اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن منظوره وقت التعاقد - هو من الدقة بحيث يحذر من تدخل القاضي ، وفي الوقت نفسه من المرونة ، بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢) .

(٢) الوسيط ١ فقره ٤٢٠ .

أولاً - أن يكون العقد متراجحاً ، وهو شرط غالب لا شرط ضرورى .
ولاشك أن هذا الشرط متوافر فى عقد المقاولة ، فهناك فترة من الزمن تفصل
بين إبرام المقاولة وتنفيذها .

ثانياً - أن تجدد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . وهذا ما تنص
عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا إذ تقول : « على
أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العدل والمقاول
بسبب حوادث استثنائية عامة . . » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص
يقتصر على ذكر لفظ « حوادث » ، دون أن يصفها بأن تكون « استثنائية
عامة » ، فأدخلت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الوصف ،
« فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ،
وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددھا مع المادة ٢/١٥١ (م ٢/١٤٧ مدنى) إذ
أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية »^(١) . ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حرب
أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو استيلاء إدارى أو وباء
ينتشر أو تشريع مفاجئ ، ويكون من وراء هذه الحوادث الاستثنائية أن
ترتفع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو تزيد تكاليف العمل كأن تزيد
أجور نقل المواد الأولية أو العمال أو يزيد سعر التأمين أو تزيد الضريبة على
استيراد المواد الأولية من الخارج . ويجب أن تكون الحوادث عامة ،
أى غير خاصة بالمقاول وحده ، كما رأينا فى الأمثلة التى سبق سردها^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٣ - وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش .

(٢) وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من
المقاول ولا متوقعة منه ولا يمكنه توقعها . مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها
أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جرفية ، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان
مقدراً . فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاماً - وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يعم أى
مقاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة - لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد . ويذهب الأستاذ
محمد ليبب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ مدنى لا تنطبق هنا ، لأن الحادث الاستثنائى كان موجوداً
وقت التعاقد ولم يجد فى أثناء تنفيذ المقاولة . ولكنه يجيز إبطال العقد لغلط فى صفة جوهرية من صفات
العمل محل المقاولة ، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها للبناء ، ولكن
تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية . ويجوز لرب العمل
أن يتلافى الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات ، إذ لا يجوز
المسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (محمد ليبب شنب فقرة ١٤٥ =

ثالثاً — أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها . وهذا أيضاً ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني حين تقول : « لم تكن في الحسبان وقت التعاقد » . فإذا كانت الحوادث متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق النص . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطيع دفعه ، فإن الحادث الذي يستطيع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع .

رابعاً — أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً . وهذا ما تعبر عنه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني فيما رأينا بقولها : « . . إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول . . . وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة » . فيجب إذن أن تزيد تكاليف العمل ، بسبب هذه الحوادث الاستثنائية العامة التي لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، زيادة فاحشة بحيث تجعل تنفيذ التزامات المقاول ، لا مستحيلاً لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة ، بل مرهقاً وعسيراً . فالحسارة المألوفة في التعامل لا تكفي إذ التعامل بطبيعته مكسب وخسارة ، وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة مرهقة . وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرمت في شأنها المقاولة ، فلو أن خسارته كانت فادحة في هذه الصفقة ، ولكنها هينة بالنسبة إلى ثروته الضخمة ، أو لو كان في صفقة أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة في الصفقة الأولى ، لم يعتد بشيء من ذلك ، ووجب أن نقف عند الخسارة الفادحة التي يتحملها المقاول في الصفقة التي

ص ١٧٦) . وإذا كان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء في فرنسا تذهب هذا المذهب (هيك ١٠ - فقرة ٤٢٩ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ - نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٢٧ - ٢٣ يونيو سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٣٢ - وقارن بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠١) ، فذلك لأن القضاء المدني في فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة ، ولا يوجد نص عليها في التقنين المدني الفرنسي لا في مبادئها العام ولا في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص ، ولكنه طريق يجب في سلوكه كثير من الحيلة والحذر (بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٠ ص ١٨١) . أما في مصر فلسنا في حاجة إلى سلوك هذا الطريق ، إذ النص موجود يقرر المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة ، ثم يقرر النظرية ذاتها في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة . ولا فرق بين حادث استثنائي يحد بعد إبرام المقاولة وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه ، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي « لم تكن في الحسبان وقت التعاقد » كما تقول الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني .

نحن بصدها ، ولهذا أن نحتج بهذه الحسارة فيطالب بزيادة الأجر أو بفسخ العقد كما سرى . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو السعر ، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافاً مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها ، فيجوز للمقاول أن نحتج بارتفاع الأسعار ويطلب زيادة الأجر أو فسخ العقد ، أما المكسب الذي جناه من تخزين المواد الأولية فيكون له هو ، ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين^(١) .

وإذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فإن الجزاء يختلف قليلاً في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام . ففي المبدأ العام يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك . فالقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه ، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل يقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق . وإذا جاز للقاضي أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن نص المادة ١٤٧/٢ مدني الذي يقرر المبدأ العام لا يجعل للقاضي إلا أن « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ، ولكن يرد إلى الحد المعقول ، فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد^(٢) .

أما في التطبيق الخاص بعقد المقاولة الذي نحن بصده ، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني تقول : « . . . جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فالنص إذن يجزئنا فسخ العقد ، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية . والقاضي يحكم بفسخ عقد المقاولة إذا رأى مبرراً

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٦ .

(٢) انظر في ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢١ .

لذلك ، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقاً وفي الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل ، ويفضل أن يفسخ العقد فيضع حداً لإرهاق المقاول ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر . فإذا لم ير القاضي فسخ المداولة ، فأمامه أن يزيد الأجر . ولكن يلاحظ أنه لا يزيد الأجر زيادة تجعل المقاول لا يتحمل أية خسارة من زيادة التكاليف . بل هو يحمل المقاول أولاً كل الزيادة المألوفة للتكاليف ، ثم ما زاد على التكاليف المألوفة - أي التكاليف غير المألوفة - يقسمه مناصفة بين المقاول ورب العمل فيتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة . فإذا كان الأجر الإجمالي المتفق عليه يبلغ مثلاً عشرة آلاف ، ثم ارتفعت التكاليف بسبب حوادث استثنائية عامة غير منظورة إلى عشرين ألفاً ، وكانت الخسارة المألوفة في مثل هذه المداولة هي ألفان ، فإن القاضي يحمل الألفين كليهما للمقاول . ويقسم الباقي من الخسارة - وهو ثمانية آلاف (١) - نصفين ، يحمل رب العمل منهما النصف والمقاول النصف الآخر . وبذلك يتحمل رب العمل أربعة آلاف ، فيحكم القاضي بزيادة الأجر بهذا المقدار . ولما كان الأجر الأصلي هو عشرة آلاف ، فإن كامل الأجر الذي يلزم به رب العمل يكون أربعة عشر ألفاً (٢) .

ولما كان وقف تنفيذ المداولة لا يتعارض مع نصوص المادة ٦٥٨ مدني ، فإنه يمكن القول بأن القاضي قد لا يرى داعياً لفسخ المداولة ولا لزيارة الأجر ، ويكتفي بوقف تنفيذ المداولة حتى يزول الحادث الطارئ . وقد ورد في الجزء الأول من الوسيط في هذا المعنى ما يأتي : « قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب

(١) لأن مجموع الخسارة هو عشرة آلاف ، إذ بلغت التكاليف عشرين ألفاً وبلغ الأجر الإجمالي عشرة آلاف . فيطرح من مجموع الخسارة (عشرة آلاف) ألفان هما الخسارة المألوفة ، والباقي وهو ثمانية آلاف يكون الخسارة غير المألوفة .

(٢) انظر في هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ :

انفتاح باب الاستيراد . فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاب ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى « (١) .

ويلاحظ أن الجزاء المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه ، كأن ينزل المقاول مثلاً فى عقد المقاولة عن حقه فى التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، فمثل هذا النزول يكون باطلا لا يعتد به . وقد ورد ذلك صريحاً فى المادة ٢/١٤٧ مدنى التى تقرر المبدأ العام (٢) ، ولم يرد فى المادة ٦٥٨ مدنى . ولكن لما كانت هذه المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقاً للمادة الأولى ، فإنه يجب اعتبار أحكام كل من المادتين متعلقة بالنظام العام (٣) .

§ ٣ - أجر المهندس المعماري

- ١٠٥ - نص قانونى : تنص المادة ٦٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :
- « ١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال .
- « ٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى .
- « ٣ - غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ،

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٦ - ص ٦٤٧ - وانظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص ١٧٨ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٩ .

(٣) هذا ويلاحظ أن هذا التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة ، الوارد فى المادة ٦٥٨ مدنى ، مقصور على المقاولة التى يكون فيه الأجر قد حدد بمبلغ إجمالى على أساس تصميم متفق عليه (انظر آنفاً فقرة ١٠٠) . أما المقاولة التى يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فلم يرد فى شأنها نص خاص بنظرية الظروف الطارئة . وليس معنى ذلك أن هذه المقاولة لا تسرى عليها نظرية الظروف الطارئة أصلاً ، بل معناه أن تسرى عليها النظرية فى مبدأها العام كما هو مقرر فى المادة ٢/١٤٧ مدنى ، دون التطبيق الخاص المقرر فى المادة ٦٥٨ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٩٥ الشرط الثانى) .

«وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل» (١).

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩ (٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٨١ ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣).

١٠٦ - تكليف العقد مع المهندس المعماري - إبانة: قدمنا أن العقد مع المهندس المعماري يقع في الأصل على أعمال مادية هي وضع التصميم والرسوم، وعمل المقاييسات، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ. وقد يقوم المهندس المعماري ببعض التصرفات القانونية، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المكاوول وتسليم العمل منه (٤). فإذا اقتصر العقد على أعمال مادية تمحض مقاوله، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من مقاوله ووكالة. ومن ثم تسري أحكام المقاوله والوكالة، ولكن عنصر المقاوله هو الغالب فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاوله. فلا يكون

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٩٠١ من المشروع المهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٨٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦ - ص ٤٨).

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩: يستحق المهندس المعماري أجره خاصة بعمل الرسم والمقاييس وأجرة لإدارة عمل البناء، فإن لم يحصل الاتفاق على مقدارها تين الأجر تين يصير تقديرهما على حسب العرف الجاري. إنما إذا لم يتم العمل بمقتضى الرسم الذي أجراه المهندس، فيكون تقدير الأجرة فقط بحسب الزمن الذي استغرقه في عمل ذلك الرسم وباعتبار نوعه. (وأحكام التقنين المدني القديم تطابق أحكام التقنين المدني الجديد).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٦٢٦ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٦٥٩ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م ٨٨١ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل. ولكن للنص لا يخرج على القواعد العامة.

(٤) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٧.

أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضي كأجر الوكيل ، ولا ينتهى بموت رب العمل .
كما كان ينتهى لو أنه كان وكالة . وقد تقدم بيان هذا تفصيلاً ، فنحيل هنا إلى
ما قدمناه هناك^(١) .

١٠٧ — المفروض أنه المهندس يعمل بأجر : وسواء تمحض العقد مع
المهندس مقاولاً أو اختلطت به الوكالة ، فالمفروض أن المهندس يعمل بأجر ،
لأنه ذو مهنة حرة يتعيش منها ، والمفروض فى كل ذى مهنة حرة أنه يعمل
بأجر . والأصل فى عمل المهندس الذى يؤجر عليه هو وضع التصميم وعمل
المقايضة ، فإذا جمع إلى ذلك الإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال كان له أجر
آخر على هذا العمل^(٢) . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٠ مدنى على
ذلك صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً
عن وضع التصميم وعمل المقايضة ، وآخر عن إدارة الأعمال » .

وإذا كان المفروض أن المهندس يعمل بأجر ، فإن هذا الفرض يقبل
الدليل على العكس . فقد يستخلص من الظروف أن عمل المهندس لأجر
عليه . مثل ذلك أن يضع المهندس تصميماً ويتقدم به للحصول على عمل أو على
صفقة ، فإذا حصل على ما يطلبه اعتبر هذا أجراً كافياً على عمله ولا أجر له
فوق ذلك . وحتى إذا لم يحصل على ما يطلبه ، فلا أجر له مادام قد تقدم
بتصميمه من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك رب العمل ، إذ لا يوجد فى
هذه الحالة عقد بينهما^(٣) . أما إذا أعلن رب العمل عن مسابقة لوضع تصميم
معين ، فمن لم يفز فى المسابقة لاحق له فى أجر على عمله ، أما من فاز فيستحق
الجائزة إذا كانت هناك جائزة ، أو يستحق أن يعهد إليه العمل إذا كانت هذه
هى شروط المسابقة ، فإذا لم تكن هناك جائزة ولم يعهد إليه بالعمل ولم ينفذ
تصميمه استحق أجراً على عمله يقدر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع
التصميم مع مراعاة طبيعة العمل (م ٦٦٠ / ٣ مدنى)^(٤) كما سنرى .

(١) انظر آنفاً فقرة ه فى آخرها .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٦ وفقرة ٣٩٧٨ .

(٤) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٦ — أما إذا نفذ تصميمه دون أن يشرف هو على
التنفيذ ، فإنه يتقاضى أجراً يقدر وفقاً للعرف الجارى (م ٦٦٠ / ٢ مدنى) .

١٠٨ - كيف يقدر أجر المهندس : والذي يقع غالباً أن رب العمل يتفق مع المهندس على مقدار أجره ، فالاتفاق هو الذي يحدد في هذه الحالة مقدار الأجر^(١). فإذا حدد على هذا النحو ، لم يجوز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه ، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه (م ٢/٧٠٩ مدني). ولا يجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه ، حتى لو تضمنت الأعمال التي يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلاً عن رب العمل في هذه التصرفات ، وذلك أنه إذا اختلطت الوكالة المقاوله بالعنصر الغالب هو عنصر المقاوله وتسرى أحكامها دون أحكامها الوكالة إذا تعارضنا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢). والغالب أن الاتفاق يحدد أجراً للمهندس على وضع التصميم والمقايضة ، وأجراً آخر مستقلاً على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ، هذا إذا كان كل ذلك معهوداً به إلى المهندس . أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر ، فالاتفاق يحدد بداهة أجراً واحداً على هذا العمل . ولا يوجد ما يمنع ، إذا عهد إلى المهندس بالعملين معاً ، أن يحدد الاتفاق أجراً واحداً للعميلين دون تحديد نصيب كل من العميلين في الأجر .

(١) وإذا حدد أجر المهندس بالاتفاق ، لم يجوز تخفيضه بدعوى أن المهندس قد ارتكب خطأ لم يثبت في جانبه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) ، كما لا يجوز اللجوء إلى القضاء لتقدير الأجر بعد أن تم تقديره بالاتفاق (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٠) .

وإذا كان مالكان على الشروع هارب العمل ، وكان أحدهما يدفع للمهندس أقساطاً من أجره ويذكر المهندس عند تسلم هذه الأقساط أن أجره مقدر بنسبة مئوية معينة بالاتفاق مع المالك الآخر ، وذلك دون أن يعترض المالك الأول ، فهذا دليل على أن هناك اتفاقاً على تقدير أجر المهندس بهذه النسبة المئوية المعينة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ في آخرها وفقرة ١٠٦ - وكان القضاء في فرنسا يحكم بجواز تخفيض الجزء من الأجر المقابل للتصرفات القانونية التي يقوم بها المهندس باعتباره وكيلاً فيها (ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ - ٢ - ٥٥ - السين ١٩ يولييه سنة ١٨٩٣ جازيت ذي يالیه ٩٤-١-٦ suppl. - ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Driot ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥) . ولكن الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه ، بعد صدور قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ (م ٣) الذي ينظم مهنة المهندس المعماري ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ الذي يقنن واجبات المهندس المعماري ، لا يجوز تخفيض أجر المهندس المعماري المتفق عليه (م ٨ من الدكريتو - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ - بلانيول وريبير رواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١) .

وقد يحدد الاتفاق أجر المهندس بمبلغ إجمالي ، أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال . وفي هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة في المقايسة ، فلا تتمكن إذن معرفة أجر المهندس بالضبط إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة قيمتها الحقيقية^(١) . فإذا قبل المكاوّل أن يخصم رب العمل جزءاً من قيمة الأعمال دخل هذا الخصم في الحساب عند تقدير أجر المهندس ، وإذا لم ينجز المكاوّل من الأعمال إلا بعضها فالعبرة في حساب أجر المهندس بقيمة هذا البعض الذي أنجز لا بقيمة الأعمال كلها^(٢) . وقد يتفق على أن يكون أجر المهندس نسبة معينة ، لا من قيمة الأعمال الفعلية ، بل من قيمتها المقدرة مقدماً بحسب المقايسة . وفي هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدماً قبل إنجاز الأعمال ، فهو هذه النسبة المتفق عليها من القيمة المقدرة للأعمال قبل البدء فيها ، ولا عبرة إذن بقيمة الأعمال الفعلية سواء كانت هذه القيمة أقل أو أكثر من القيمة المقدرة . على أنه إذا ثبت أن المهندس قد بالغ في تقدير قيمة الأعمال بحسب المقايسة التي وضعها حتى يزيد بذلك من أجره ، أنقصت القيمة المقدرة إلى المقدار المناسب وحسب أجر المهندس تبعاً لذلك ، مع إلزامه بالتعويض عن أي ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش^(٣) .

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر كما سبق القول . وقد كانت القواعد العامة تقضي في هذه الحالة بأن يرجع في تحديد أجر المكاوّل إلى قيمة العمل ونفقات المهندس ، كما تقضي المادة ٦٥٩ مدني فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المكاوّل »^(٤) . ولكن المشرع

(١) ويعتد في تقدير القيمة الفعلية للأعمال بما تم من اتفاق بين رب العمل والمكاوّل ، ما لم يثبت المهندس صورية هذا الاتفاق (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٤) . ويدخل في قيمة الأعمال ، ليس فحسب قيمة أعمال البناء ، بل أيضاً قيمة الأعمال التابعة ولو كانت منقولة ، كالكراسي والأجهزة الكهربائية في المسرح محل التعاقد إذا كانت مهمة المهندس تتضمن المساعدة في اختيار هذه الأشياء وتحديد أثمانها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٩٠ .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٩١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

اختص المهندس بنص يتعلق بتحديد أجره إذا لم يحدد الاتفاق هذا الأجر ، فنصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٦٦٠ مدني ، كما رأينا ، على أنه « ١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال ، ٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجر ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري » . ففي تقدير أجر المهندس لا يرجع القاضي إلى قيمة العمل ونفقات المهندس كما تقضي القواعد العامة فيما هو منصوص عليه في المادة ٦٥٩ مدني ، بل يرجع إلى العرف الجاري كما تقضي المادة ٦٦٠ مدني سالفه الذكر . والمقصود بالعرف الجاري هو عرف المهندسين المعماريين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى في مصر على أن يعطى المهندس ٢٪ من قيمة الأعمال لوضع التصميم وعمل المقايسة ، ويعطى ٣٪ من قيمة الأعمال للإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال (١) . على أن نقابة المهن الهندسية ، في شعبتها للهندسة المعمارية ، قد سنت لائحة لأتعاب المهندس المعماري . وقد قسمت اللائحة (م ١٢) الأعمال إلى أربع فئات تبعاً لأهميتها ، وحددت لكل فئة أتعاباً ، عن وضع المشروعات الابتدائية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ ، تقدر بنسبة معينة من تكاليف البناء بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت التكاليف . وتراوح نسبة الأتعاب بالنسبة إلى الفئة الأولى بين ٤٪ و ٩٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثانية بين ٥٪ و ١٠٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثالثة بين ٩٪ و ١٣٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الرابعة بين ١١٪ و ١٦٪ . فإذا أحال المتعاقدان صراحة على هذه اللائحة ، سرت باعتبارها اتفاقاً تم بين رب العمل والمقاول . وغني عن البيان أن للمتعاقدين أن يتفقا على نسب أقل أو أكثر مما ورد في اللائحة . وإذا سكوت المتعاقدان عن تحديد مقدار الأجر ، جاز للقاضي أن يرجع إلى هذه اللائحة للاستئناس بها في تبين العرف الجاري الذي يسير عليه المهندسون المعماريون في تقدير أتعابهم (٢) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١٠ - ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ (ويقضى الحكم بأنه لا يوجد في مصر عرف لتحديد أجر المهندس ، فيترك الأمر لتقدير القاضي ، ويسترشد بقيمة الأعمال التي تمت وبمقدار الوقت الذي استغرقته هذه الأعمال) .

(٢) انظر محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ - وانظر في أتعاب المهندس =

١٠٩ — جواز تخفيض أجر المهندس : وسواء قدر أجر المهندس بموجب اتفاق أو قدر بموجب العرف الجارى ، فالأصل أن هذا الأجر لا يجوز تخفيضه بعد تقديره ، وفى هذا يختلف أجر المهندس عن أجر الوكيل كما سبق القول . غير أن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى نصت فى حالة معينة على تخفيض أجر المهندس ، إذ تقول كما رأينا : « غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل » . وهنا يتبين أننا أمام أحد الاستثناءات الثلاثة التى يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه ، وهى الاستثناءات التى سبق ذكرها فيما تقدم (١) .

وقد كانت القواعد العامة تنضى بأن المهندس الذى يضع تصميماً متفقاً عليه بينه وبين رب العمل يكون له الحق فى الأجر المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأجر ، أو فى الأجر المقدر بحسب العرف الجارى إذا لم يكن هناك اتفاق ، وذلك سواء تم العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس ، أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر ، أو عدل أصلاً عن

= الممارى فى فرنسا : بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٩ — فقرة ٣٩٩٧ (الأتعاب بحسب التعريفة القديمة) — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٧٠ — فقرة ٨٩ (الأتعاب بحسب التعريفات المتعاقبة) و فقرة ٩٤ (فيما يتعلق بواجب المهندس الممارى فى فرنسا فى التأمين على مسئولية) .

وانظر فى تنظيم مهنة المهندس الممارى فى فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المعدل بقوانين ٢١ سبتمبر سنة ١٩٤١ و ٣ فبراير سنة ١٩٤٢ و ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ وأول أبريل سنة ١٩٤٤ و ٣٠ أغسطس سنة ١٩٤٧ . وانظر دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ المكل بدكريتو ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ .

ولا يجوز للمهندس فى فرنسا أن يحصل من المقاول على أية منفعة نقدية كانت أو عينية (قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٣ الفقرة الثانية ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ م ١٩ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى فى مصر المادة الثانية من لائحة الأتعاب التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية (فيما يل فقرة ١١٠ فى الهامش) .

والقاضى ، عندما يقدر الأجر حيث لا يوجد اتفاق على مقداره ، يبت فى مسألة موضوعية ، خلا رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ — ٤٩٥ — بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٨٤ — محمد ليبب شنب فقرة ٥٦ ص ٧١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٣ .

العمل . ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كان رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه ، أو بسبب عدم انطباقه على التعليمات التي صدرت من رب العمل ، أو بسبب تأخر المهندس في وضعه ، ويوجه عام إذا كان السبب في العدول يرجع إلى خطأ من المهندس . أما إذا كان العدول لا يرجع إلى خطأ المهندس ، فإن هذا يستحق أجره كاملاً إذ قد أنجز العمل الذي كلف به . وهذا هو ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا^(١) .

ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدني تقضي كما رأينا بغير ذلك . فهي لا تجعل للمهندس حقاً في أجره كاملاً إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذي وضعه بغير خطأ منه . بل تجعل تقدير أجر المهندس في هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذي استغرقه المهندس في وضع التصميم مع مراعاة كفاية المهندس وسمعته في تقدير أجره بحسب الزمن ، وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية . ويغلب أن يكون تقدير الأجر على هذا النحو من شأنه أن يجعل الأجر أقل من الأجر المتفق عليه أو من الأجر المقدر بحسب العرف الجاري^(٢) . ويعلل ذلك بأن رب العمل لم ينفذ شيئاً من التصميم ، وقد عوض المهندس عن عمله تعويضاً كاملاً ، وإن كان هذا التعويض أقل من الأجر المستحق له^(٣) .

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٦ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٨٦ - أوبري ورو وإسمان ه فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ - نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥ - ١ - ٢٥٩ - مجلس الدولة الفرنسي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٤١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ - ٥٨ - ٦ يولييه سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ - ٦٤٣ - ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ٢ - ٥٥ - السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ١٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى بإعطاء المهندس الذي لم ينفذ تصميمه خمسي ($\frac{٥}{١٠}$) الأتعاب التي كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٥) .

(٣) هذا إلى أن المهندس الذي لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التي كان يتعرض لها لو أن التصميم قد نفذ ، ومن ثم وجب عدلاً أن ينقص الأجر الذي يتقاضاه في حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذي يتقاضاه في حالة تنفيذ التصميم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٩) .

ويجب ، ليكون التصميم كاملاً ، أن يكون مصحوباً بمقايضة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل ، وإلا كان التصميم ناقصاً ويراعى ذلك عند تقدير الأجر (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧) . ولكن يقدر على كل حال أجر =

وغنى عن البيان أنه إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس ،
 كأن كان التصميم معيباً أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس
 في تقديمه تأخراً لا مبرر له وضاراً برب العمل ، فإن المهندس لا يستحق أجراً ،
 حتى هذا التعويض الذى نصت عليه المادة ٦٦٠/٣ مدنى فيما قدمنا (١).

المطلب الثانى

طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضمائنه

§ ١ - طرفا الدفع

١١٠ - المدين بالاجر : المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات
 الذى تعاقد معه ، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر . مثل ذلك أن يكون
 رب العمل الذى تعاقد مع المقاول بملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط
 فاسخ ، ثم تحقق الشرط فألت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف ، ففى
 هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت
 شرط فاسخ ، ولا يرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى آلت
 إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى .

= التصميم ولو كان ناقصاً غير مصحوب بالمقايضة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ م
 ٤٤ ص ١٦٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٢ - ٤ يوليه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص
 ٣٠١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥) . وإذا وضع المهندس التصميم
 والمقايضة ، ثم عدل رب العمل عن فكرته الأولى بما استدعى وضع تصميم ومقايضة جديدين ،
 استحق المهندس أتعاباً عن التصميم والمقايضة الأولين (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م
 ٣٨ ص ٣٧٩) .

(١) ولا يجوز تخفيض أجر المهندس عن وضع التصميم متى تم العمل بموجب هذا التصميم «
 حتى لو هلك العمل قبل تسليمه لرب العمل ، فإن الذى هلك ليس هو عمل المهندس وهو التصميم ،
 بل العمل الذى قام به المقاول . فإذا هلك التصميم قبل تسليمه لرب العمل ، هلك على المهندس
 كما تقضى القواعد العامة (م ٦٦٥ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٥٣) . وانظر فى هذه المسألة أوبرى .
 ورو وإسمان • فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ .

.. ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من
 النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل
 أن يتقاضى أجره كاملاً ، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه .

ومثل ذلك أيضاً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج لصاحبة الأرض ، فيرجع المقاول بأجره على الزوج لا على الزوجة ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة . ومثل ذلك أخيراً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المؤجر العين المؤجرة بما عليها من بناء أقامه المستأجر ، فيرجع المقاول بأجره على المستأجر ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر^(١).

وإذا كان المهندس المعماري هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ ، فعمل مهندساً ومقاولاً في وقت واحد ، ثم استخدم مقاولاً لتنفيذ العمل ، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه لا على رب العمل . وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس ، مع الاحتفاظ بحقه في الرجوع مباشرة على رب العمل على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مديناً به للمهندس طبقاً لأحكام المادة ٦٦٢ مدنى . وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندساً ، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل ، مع الاحتفاظ بحقه في الدعوى غير المباشرة باسم المقاول وفي الدعوى المباشرة قبل رب العمل . أما إذا كان كل من المهندس والمقاول تعاقد مع رب العمل ، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير ، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس^(٢).

(١) انظر في كل ذلك بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠١٩ .

(٢) انظر في هذه المسألة بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢٠ - السين ١٦ يولييه سنة ١٩٠٣

Le Droit ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٣ .

وإذا كان المهندس يشرف على المقاول في تنفيذ الأعمال ، لم يحز أن يتقاضى منه أى أجر . وإذا تعهد المقاول بإعطائه أجراً أو نسبة معينة من قيمة المقاول ، كان هذا التعهد باطلاً ، لأنه يتعارض مع واجب المهندس في الإشراف على المقاول بدقة وأمانة . وقد نصت المادة الثانية من لائحة الأتعاب التي وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية على أنه يجب على المهندس المعماري عند تنفيذ تفويضه أن يحمي حقوق المالك الشرعية ، على أن يكون مستقلاً تماماً عن الموردين والمقاولين ، ولا يقبل منهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع ، بل تكون أتعابه من المالك وحده (انظر محمد ليب شنب فقرة ١٣٢ ص ١٥٧ وهامش ٣ - وانظر في القانون الفرنسي المادة ٢/٣ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤١ و ١٩ من دكرينو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ -)

وإذا تعدد أرباب العمل ، لم يكونوا متضامنين في الالتزام بالأجر إلا إذا وجد اتفاق على التضامن ، وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصتهم في العمل ، فإن لم تتعين حصة كل منهم انقسم الأجر بينهم بالتساوي^(١) .
وإذا مات رب العمل ، قام مقامه ورثته في الالتزام بالأجر في حدود التركة ، ذلك لأن المقاول لا تنتهي بموت رب العمل .

والذي يدفع الأجر هو المدين به أى رب العمل . وقد يدفعه نائبه ، كولى أو وصى أو قيم أو وكيل . ولكن لا بد من وكالة خاصة في دفع الأجر ، إذ دفع الأجر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدنى)^(٢) .

١١١ — الدائن بالأجر : الدائن بالأجر هو المقاول الذى تعاقد مع رب العمل . ويحل محله ورثته ، إذ المقاول لا تنتهي بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد (م ٦٦٦ مدنى) . ويحل محله كذلك الخلف الخاص ، كما إذا نزل عن المقاول أو عن الأجرة لآخر فالحال له يكون خلفاً خاصاً ويكون دائناً بالأجر^(٣) . ولدائى المقاول أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع بدعوى غير مباشرة على رب العمل بأجر المقاول^(٤) .

ويحل محل المقاول كذلك في الدائنية بالأجر المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، فقد نصت الفقرة الأولى من

= أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١ - السين ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ - ٤٨٦ - وانظر آنفاً فقرة ١٠٨ في الهامش) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louge d'ouv. et d'ind فقرة ٧٦ - محمد ليب شنب فقرة ١٣٢ ص ١٥٧ - باريس ٣٠ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣ - ٩١ - ٤٧ :

(٢) وكان القضاء الفرنسى يجرى على أن المهندس المعماري وكيل بحكم عماله عن رب العمل في تسوية حساب المقاول ودفع أجره (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ - ١ - ١٠٥ - أميان ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ - ٢ - ٧١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيراً بأن المهندس لا صفة له في دفع الأجر ، إلا إذا كانت لديه وكالة خاصة من رب العمل في ذلك (نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٧٧ - ٩ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٠٤) . وأيد هذا المبدأ المادة ٤ من الدكريتو الفرنسى الصادر في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ (انظر بلانيول وريبير وزواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٢) .

(٣) انظر مايلي فقرة ١١٧ :

(٤) فيك ٢٠ فقرة ٤٠٢١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢١ :

المادة ٦٦٢ مدني على أن « يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل ». وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً فيما يلي عند الكلام في المقابلة من الباطن^(١) .

وإذا تعدد المقاولون ، لم يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم ، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين ، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك . وهذا هو الحكم أيضاً في تعدد الوكلاء فإنهم ، إذا لم يكن هناك اتفاق خاص على التضامن ، لا يكونون متضامنين فيما لهم من أجور في ذمة الموكل ، إذ لا يوجد نص قانوني يقضي بهذا التضامن كما وجد نص قانوني (م ١/٧٠٧ مدني) يقضي بتضامن الوكلاء في المسؤولية نحو الموكل .

§ ٢ - زمان الدفع ومكانه

١١٢ - زمان الدفع - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك »^(٢) .

(١) انظر ما يلي فقرة ١٣٠ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يستحق دفع الثمن عند التسليم ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى في ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدي تجرى على الوجه الآتي : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » ، وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بالأحكام العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٣٣ - ص ٣٤) - وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٣٥ - ص ٣٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكنه لا يخرج عن القواعد العامة وما تقضى به طبيعة عقد المقابلة من أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل .

فدفع الأجر إذن يكون في الموعد المحدد في الاتفاق ، إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويغلب أن يكون في عقد المقاولة اتفاق على مواعيد دفع الأجر ، وكثيراً ما يتفق على أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدماً قبل البدء في العمل^(١) ، ثم يدفع باقي الأجر على أقساط يؤدي كل قسط منها عقب إتمام جزء معين من العمل أو عقب انقضاء فترة معينة من الوقت . وقد ورد في تقنين الموجبات والعقود البنائي نص صريح في هذا المعنى ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٣ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شرط من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شرط أو إتمام كل قسم »^(٢) . فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين أو مواعيد معينة ، وكان هناك عرف للصناعة يحدد مواعيد دفع الأجر ، وجب اتباع ما يقضى به العرف . وأكثر ما يجري به العرف في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسليم العمل ، وفي المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم لإنجازه من العمل^(٣) .

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٦٣٣ : إن السيد أو المولى يلزمه أن يدفع الأجر أو البديل وفقاً لشروط العقد أو لعرف المحلة . وإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، فلا يستحق أداء البديل إلا بعد القيام بالخدمة أو إيفاء العمل .

م ٦٧٣ : لا تستحق الأجرة إلا بعد إتمام المنشأ أو العمل . وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شرط من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شرط أو إتمام كل قسم . (وأحكام التقنين البنائي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٣) وتدفع الأقساط عادة تحت الحساب ، ولا يكون هناك حساب نهائي إلا بعد تمام العمل ، وكل مادفع من الأقساط في خلال العمل يخصم من أصل المبلغ المتفق عليه ، وما بقي يدفعه رب العمل للمقاول . وقد كانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من التقنين المدني القديم تنص صراحة على هذا الحكم فتقول : « لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب معمول في خلال =

وإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، فقد كان الواجب تطبيق القواعد العامة ، وهي تقضى بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (م ١/٣٤٦ مدني) . فكان يجب أن يكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاولة وترتب الالتزام بالأجر نهائياً في ذمة رب العمل ، أي أن يدفع الأجر مقدماً قبل إنجاز العمل . ولكن المادة ١/٣٤٦ مدني تحتفظ كما رأينا فتقول : « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وقد وجد النص الذي يقضى بغير ذلك في المادة ٦٥٦ مدني سالف الذكر ، إذ تقول : « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل » . أي تدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، وعند تسلم العمل . وهذا الحكم هو الذي تقضى به طبيعة عقد المقاولة ، فالمقاول يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين في مقابل أجر معين ، وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائناً بالأجر في مقابل عمل لم ينجزه ، فمن الطبيعي ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه^(١) .

على أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدني سالف الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول : « يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى في ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتي : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ماورد في العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » . وقد حذفت

= الأشغال يعتبر مؤقتاً ، وكل مادفع في خلال هذه الأشغال يخضع من أصل مبلغ المقاولة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » . ولم ينقل التقنين المدني الجديد هذا النص ، ولكن ورد في المشروع التمهيدى نص يقابله هو المادة ٨٩٤ من هذا المشروع (انظر آنفاً فقرة ٨٤ في الهامش) ، والنص على كل حال ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن العمل به استناداً إلى هذه القواعد .

(١) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ - جيوار ٢ فقرة ٨٢١ - بودري وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ . وهذا هو أيضاً ماقررناه في ميعاد دفع الأجرة في عقد الإيجار ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فتدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها (الوسيط ٦ فقرة ٣٤٢ ص ٤٧٠ - ص (٤٧) .

هذه الإشارة في لجنة المراجعة ، إذ هي ليست إلا تقرير للقواعد العامة (١) .
 ويخلص من ذلك أن لرب العمل حبس الأجر ، فلا يدفعه لا في الميعاد المتفق
 عليه ولا في الميعاد الذي يقضى به العرف ولا عند تسلم العمل ، إذا وجد أن
 العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة أو غير متفق مع ما تقضى به أصول
 الصناعة . ويبقى الأجر تحت يده محبوساً حتى يصلح المقاول العيوب التي شابت
 العمل (٢) . وهذا ما تقضى به القواعد العامة ، إذ دفع الأجر التزام في
 ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب ، فإذا
 لم يتم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل
 أن يقف هو أيضاً بتنفيذ التزامه بدفع الأجر . وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ
 العقد (م ١٦١ مدني) . ويترتب على ذلك من باب أولى أنه إذا تأخر
 المقاول في تسليم العمل ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان
 الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل . وإذا كان الأجر يدفع على أقساط ، كل
 قسط عقب إتمام جزء معين من العمل ، وتأخر المقاول في إتمام هذا الجزء
 عن الميعاد المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر
 المقابل للجزء الذي لم يتم (٣) .

ويبقى الأجر في ذمة رب العمل واجباً دفعه في الميعاد على النحو الذي
 فصلناه فيما تقدم . وإذا تأخر رب العمل في الدفع ، بقي الأجر في ذمته قائماً
 حتى يسقط بالتقادم . وقد نص القانون ، في خصوص بعض المقاولين ، على
 مدة تقادم خاصة ، فنصت المادة ٣٧٦ مدني على أنه « تقادم بخمس سنوات
 حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة
 والسفاسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ - ص ٣٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة.
 في الهامش .

(٢) . بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ .

(٣) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٠ - انظر في حبس رب العمل للأجر حتى يتسلم العمل
 مطابقاً للشروط والمواصفات وأصول الصناعة ، وأن صورة عملية لهذا الحبس هي أن يترك رب العمل
 الشيء للصانع دون أن يدفع له الأجر (laissé pour compte) : بلائيول وريبير ورواست ١١
 فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - نقض فرنسي ٣ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ -

عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات . ونصت المادة ٣٧٨ مدني على أن « تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) . وحقائق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .. » . وفيمن عدا من ورد فيهم نص خاص من المقاولين ، لا يسقط أجر المقاول بالتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة (١) .

١١٣ - مطر الدرع : لا يوجد نص خاص بعين المكان الذي يجب فيه دفع الأجر ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضي بأن يكون الدفع في المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقضى به العرف . وأكثر ما يقضى به العرف أن يكون الدفع في المكان الذي يتم فيه تسليم العمل ، فيسلم المقاول العمل ويتقاضى الأجر في مكان واحد . وقد جعل تقنين الموجبات والعقود اللبني القاعدة العامة أن يكون مكان تسليم العمل هو المكان الذي يدفع فيه الأجر ، فنصت المادة ٦٧٦ من هذا التقنين على أنه « يجب الدفع في المكان الذي يجب فيه تسليم المصنوع » .

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدني ، وهي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه في

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ - نقض فرنسي ٤ يونيو سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٤٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٣٢ - وتقضى المادة ٢٢٧١ مدني بتقدم حقوق العمال والخدم (ouvriers et gens de travail) في أجورهم اليومية ومرتباتهم وثمان ما قاموا به من توريدات بستة أشهر . أما في مصرف فتقدم بسنة واحدة « حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » (م ١/٣٧٨ مدني) . ويجري القضاء الفرنسي على التمييز في المقاولين بين مقاول صغير يعمل بنفسه أو بمساعدة بعض العمال كصغار الصناع وأرباب الحرف (artisans) من نجار وحداد وسباك الخ وهذا يكون في حكم العامل ويتقدم حقه في الأجر بستة أشهر ، وبين مقاول كبير ترتفع به مكانته الاجتماعية عن طبقة العمال (entrepreneur patron) وهذا لا يتقدم أجره إلا بثلاثين سنة (نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٠٨ - ٧ يونيو سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٣٣٣ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١١١ - ٣ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٠ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١١٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ٢١٢٤ (ومع ذلك قارن فقرة ٣٠٠٠ - أنسيكلوبيدي ٣ لفظ Louaged'ouv. et d'ind. فقرة ٩١) .

المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما فى الالتزامات الأخرى ، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » . فإذا كان الأجر شيئاً معيناً بالذات - وهذا نادر - فالوفاء يكون فى مكان وجود هذا الشيء وقت إبرام المقابلة . أما إذا كان الأجر من المثليات ويكون غالباً من النقود ، فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله إذا كانت المقابلة متعلقة بهذه الأعمال^(١) . وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقابلة ، فكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت انعقاد المقابلة ، إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدنى صريح فى أن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء . وإذا اتفق على أن يكون الدفع فى موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق ، وإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافاً للمسألة السابقة . وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع ، وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك^(٢) .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر ، لم يجوز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك ، كأن حجز مثلاً دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة .

§ ٣ - ضمانات الدفع

١١٤ - تطبيق القواعد العامة : وإذا لم يدفع رب العمل الأجر ، أو تأخر فى الدفع ، أو لم يدفع فى المكان الواجب الدفع فيه ، أو أخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، فالمقاول أن يطالب بما تقضى به القواعد العامة من جزاء .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣١ .

(٢) انظر فى هذه المسألة فيما يتعلق بمكان دفع الأجرة فى عقد الإيجار : الوسيط ٦ فقرة

فله أولاً أن يطلب التنفيذ العيني ، فيستصدر حكماً على رب العمل بالأجر المستحق ، وينفذ هذا الحكم على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء إخلال رب العمل بالتزامه . وله أن يتقاضى فوائد عن الأجر بالسعر القانونى منذ المطالبة القضائية بهذه الفوائد وفقاً للقواعد العامة ، وقد تقدم بيان ذلك^(١) . وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العيني على أموال رب العمل ، أن يستعمل حقه فى الامتياز حيث يقرر له القانون حقاً فى ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى^(٢) .

وللمقاول ، بدلاً من طلب التنفيذ العيني ، أن يطلب فسخ عقد المقاولة . والقاضى يقدر هذا الطلب . فإما أن يجيبه إليه إذا وجد مبرراً لذلك فيقضى بالفسخ وبالتعويض إذا كان له مقتضى ، كأن يكون المقاول قد أنفق مصروفات على إنجاز العمل فيرجع بها على رب العمل كما يرجع بجميع ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الصفقة عليه ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . وإما أن يرى القاضى ألا مبرر لإجابة المقاول إلى طلب الفسخ ، كأن يكون الأجر الباقى دفعه مبلغاً غير كبير أو يكون التعويض الذى يقضى به على رب العمل فيما إذا حكم بالفسخ مبلغاً جسيماً لا تبرره الظروف ، وفى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالفسخ ، وله أن يمهل رب العمل حتى يقوم بوفاء التزامه كاملاً من دفع الأجر ، وهذا كله طبقاً للقواعد العامة (م ١٥٧ مدنى) .

١١٥ - المحو فى محبس العمل لاستيفاء الأجر : رأينا فيما تقدم^(٣)

أن لرب العمل أن يحبس الأجر حتى يسلم المقاول العمل مطابقاً للمواصفات المشترطة ولأصول الفن . والآن نقرر أن للمقاول ، هو أيضاً ، أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٢ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ، ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٢ .

قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص أنه مقتبس من تقنيات مختلفة منها التقنين المدنى الألمانى ، ويقرر هذا التقنين (م ٦٤٨) الحق للمقاول فى أعمال البناء فى أن يطلب رهناً على العقار الذى بناه ضماناً لاستيفاء ما له من حقوق قبل رب العمل . ويغنى عن ذلك فى مصر ما للمقاول من حق امتياز على البناء (م ١١٤٨ مدنى) . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس »^(١) .

والقواعد العامة فى حق الحبس مقررة فى المادة ٢٤٦/١ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . وقد طبق هذا الحق فى الحبس تطبيقاً خاصاً فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »^(٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن للمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفى ما هو مستحق له من الأجر . ولا فرق فى ذلك بين منقول وعقار ، وقد كانت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة تقتصر على المنقول ، فأصبح لا مبرر لهذا القيد بعد حذف المادة استغناء عنها بتطبيق القواعد العامة^(٣) . ويحبس المقاول ما تحت يده ، لا المادة التى قدمها فحسب بل.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ - ص ٤٨ فى الهامش .

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نصوص تقابل هذه النصوص ، ومع ذلك فالفقه والقضاء فى فرنسا يقرران للمقاول حق الحبس ، بناء على مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ومدا الحق حبس المقاول للمادة التى ورد لها من عنده باعتباره بائعاً لها ، وعملاً بالمادة ٤٨ من الباب الأول من تقنين العمل التى تعطى للعامل الصناعى حق الحبس بشروط معينة (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢٢ - فقرة ٤٠٢٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩

المادة التي قدمها رب العمل نفسه والأدوات والمهمات التي تسلمها منه ، فهذه كلها واجب تسليمها لرب العمل فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم إلى أن يستوفى أجره^(١) . وتنص المادة ٦٧٧ من تقنين المبيعات والعقود اللبناني في هذا المعنى على أنه « يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التي استلمها من صاحب الأمر للقيام بالعمل ، إلى أن يدفع له البدل أو الأجر وما يكون قد أسلفه عند الاقتضاء ، ما لم يكن العقد يقضى بالدفع في أجل معين . وفي هذه الحالة يكون الصانع مسئولاً عن الشيء الذي يحبسه وفقاً للقواعد المختصة بالمرتهن »^(٢) .

وتسرى في حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره القواعد العامة المقررة في الحق في الحبس^(٣) . ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر . وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع أقساطاً بحسب ما يتم إنجازه من العمل ، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ، ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل التي تمت ولم يستوف المقاول أجرها^(٤) . وإذا سلم المقاول العمل مختاراً ، انقضى حق حبسه . وينبني على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل ، ثم أرجعه رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه ، جاز للصانع أن يحبسه في الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لصنع

(١) فاللمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض ، والمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل ، والمحامي أن يحبس المستندات التي سلمها إياه موكله (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ - نقض فرنسي ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ - ١ - ٤٠ - ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٤ جازيت دي پاليه ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤) .
(٢) وإذا اقتصر عمل المقاول على الحفر والردم في مكان ظل في حيازة مالكه ، فليس للمقاول الحق في حبس هذا المكان حتى يستوفى أجره (محمد ليبب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ - استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤) .

ويسقط الحق في الحبس إذا قدم رب العمل تأميناً كافياً للوفاء بالأجرة ، ويحتاج المقاول بحقه في الحبس في مواجهة ورثة رب العمل وخلفه الخاص ودائنيه العاديين والممتازين (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ - محمد ليبب شنب فقرة ٨٣ وقرة ١٤٧) .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٦٦٨ ما بعدها .

(٤) جيوار ٢ فقرة ٧٧٧ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٢٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٣ ص ١٧٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٨٨ .

الشيء ذاته فقد سقط حقه في الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل^(١).

١١٦ — حقوق الامتياز — إهانة : لم يعط القانون للمقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضماناً لحقه في الأجر ، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاول في مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتي :

أولاً — نصت المادة ١١٤٨ مدني على ما يأتي : « ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد . ثانياً — نصت المادة ١١٤٠ مدني على ما يأتي : « ١ — المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ — وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها » .

ثالثاً — إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعاً لها^(٢) ، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م ١١٤٥ مدني) . وليس هنا مجال بحث حقوق الامتياز هذه ، فكان بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية .

الفرع الثالث

المقاول من الباطن

١١٧ — التنازل عن المقاولة : لم يعرض التقنين المدني للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاول من الباطن ، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل

(١) جيوار في حق الحبس فقرة ٢٦ — بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٢٢ ص ١١٤٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ .

وقوعاً في العمل من المقاولة من الباطن ، وإذا وقعت فيكفي في تنظيمها القواعد العامة .

والتنازل عن المقاولة تتخذ إحدى صورتين (١) .

(الصورة الأولى) وهي الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ، وتجرى في شأنها أحكام حوالة الحق . فتصبح باتفاق بين المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له ، ويكفي لسريانها في حق رب العمل إعلانه بالحوالة (م ٣٠٥ مدني) . ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة ، فينزل عن حتمه في الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن ، للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو من أحد الممولين . وفي هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة في مكان المقاول (٢) ، ويجوز لرب العمل أن يتمسك قبله بجميع الدفعات التي كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفعات المستمدة من الحوالة ، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة في حوالة الحق (م ٣١٢ مدني) .

(والصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في عقد المقاولة ، ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل (٣) . ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلي ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته . فيتم التنازل عن المقاولة إذن .

(١) وهناك صورة ثالثة نادرة في العمل ، وهي تتحقق بأن رب العمل نفسه هو الذي يتنازل عن عقد المقاولة ، كأن يبيع مثلاً الأرض التي قال على إقامة بناء فيها ويتنازل في الوقت ذاته لمشتري الأرض عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات (انظر في هذه الصورة بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٧٣ - فقرة ٤٠٧٤) .

(٢) ولا يجوز لموردي المقاول الرجوع على المتنازل له عن الأجرة بأثمان ماوردوه للمقاول (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغاً يحدد به خسارته (انظر في هذا المعنى بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٩) . وإذا لم يشترط دفع مقابل ، كان للتنازل دون مقابل (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٩) .

باتفاق بين المكاو؁ المتنازل والمكاو؁ المتنازل له؁ ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً في حقه؁ لأن الإعلان وحده لا يكفي إلا في نقل حقوق المكاو؁ قبله؁ أما في نقل التزامات المكاو؁ نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين (م ٣١٦ مدنى) .

وإذا تم التنازل عن المكاولة على هذا الوجه؁ أصبح المكاو؁ المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المكاو؁ نحو رب العمل؁ وهو الدائن بجميع حقوق المكاو؁ . ويختفى المكاو؁ المتنازل؁ ولا يعود له شأن في المكاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المكاو؁ المتنازل له . بل إن المكاو؁ المتنازل لا يكون مسئولاً عن المكاو؁ المتنازل له ولاضامناً له؁ كما يضمن المستأجر الأصلي المتنازل له عن الإيجار بموجب نص صريح (م ٥٩٥ مدنى)؁ لأن هذا النص إذا كان موجوداً في عقد الإيجار فإنه لا يوجد في عقد المكاولة .

١١٨ — المكاولة من الباطن — الشرط المانع — نص قانونى : تنص المادة ٦٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى .

« ١ — يجوز للمكاو؁ أن يكل تنفيذ العمل في حملته أو في جزء منه إلى مكاو؁ من الباطن؁ إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية » .

« ٢ — ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المكاو؁ من الباطن قبل رب العمل » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت « أو » التخييرية بـ « والعطف » في الفقرة الأولى قبل عبارة « لم تكن طبيعة العمل » لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكتفى بـ « الواو » تفيد ضرورة اجتماع الشرطين . وأصبح رقم المادة ٦٦١ . وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩ — ص ٥١) .

ويقابل النص في التقنين المدنى القديم م ٤١٣/٥٠٥ : يجوز للمكاو؁ أن يقاو؁ غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد في عقد المكاولة ما يمنع من ذلك؁ ولكنه يبقى مسئولاً عن عمله =

ونخلص من النص المتقدم الذكر أن للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ^(١) ، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك ، والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمناً . فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في عقد المقاولة ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها . فإذا كانت طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية كما يقول النص ، كأن كان العمل محل المقاولة عملاً فنياً لحاً فيه رب العمل إلى مقاول بالذات ، نظراً لكفايته الفنية ، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمناً من أن يكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن ، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً ؛ فإذا قال شخص رساماً أو طبيباً أو مهندساً ، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية ، فلا يجوز لهذا الآخر أن يقاول من الباطن كأن يعهد بالعمل أو يبعثه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه ، حتى لو لم يكن منصوباً صراحة في عقد المقاولة على المنع من المقاولة من الباطن ^(٢) . وإذا قام شك في أن هناك شرطاً

— المقاول الثاني . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٦٣٥ : من يؤجر عمله أو خدمته لا يجوز له أن يعهد في الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستتج من نوع العمل أو من مشيئة المتعاقد أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل .

م ١/٦٣٨ يكون المؤجر مسئولاً عن عمل الشخص الذي يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه .

(وأحكام التقنين البنائي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) والمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ، ويختلف في ذلك عن العامل

الذي يعمل بتوجيه المقاول الأصلي وتحت إشرافه (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

(٢) أما فيما يتعلق بالحامى فقد نصت المادة ٨٦ مراقعات على أنه « يجوز للوكيل أنه يليب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة في التوكيل » .

مانعاً ضمناً ، فسر الشك في معنى المنع فيحرم على الما قول الما قولة من الباطن .
إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك (١) .

والشرط المانع ، سواء كان صريحاً أو ضمناً ، لا يمنع الما قول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل ، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند الما قول بعقد عمل لا بعقد ماقولة (٢) .

ويجوز ، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمني ، أن يتنازل عنه رب العمل ، فيتدخل منه الما قول ويكون له الحق في الماقولة من الباطن (٣) . وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع الصريح أو الضمني صريحاً ، كذلك قد يكون ضمناً كأن يتعامل رب العمل مع الما قول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ماهو مدين به للما قول الأصلي . وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، لم يجز له الرجوع بعد ذلك في تنازله ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة الما قول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه .

وإذا وجد الشرط المانع ، صريحاً كان ضمناً ، وجب على الما قول مراعاته ،

(١) وهذا الرأي هو الذي تأخذ به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « على أنه عند قيام الشك يحرم الما قول من حق الماقولة من الباطن ، إلا إذا أذن له رب العمل بذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠) .

وفي فرنسا لا يوجد نص صريح يبيح الماقولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع ، ولكن الرأي السائد هو الإباحة (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٥٩ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩ ص ١٦٨ - وكانت هذه هي تقاليد القانون الفرنسى القديم : پوتيه في الإيجار فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) . ولكن بعض الفقهاء في فرنسا لا يبيحون الماقولة من الباطن ولا التنازل عن الماقولة (هيك ١٠ فقرة ٤١٧) ، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة ماقول آخر ويعنى هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك (جيوار ٢ فقرة ٨١٨ : ولكنه يرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة ماقول آخر) .

(٢) بيروس ص ١٥ - محمد ليب شنب فقرة ٦٨٠ ص ٨٨ .

(٣) وكما يكون لرب العمل حق التنازل عن الشرط المانع ، كذلك يكون له وحده دون غيره حق التمسك بهذا الشرط (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥) . فلا يجوز للما قول أن يتمسك به ضد الما قول من الباطن (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وإلا كان معرضاً للجزاء الذى تقضى به القواعد العامة . فيجوز لرب العمل أن يطلب من المقاول تنفيذ التزامه عيناً ، بأن يجبر المقاول على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المقاول من الباطن ، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المقاولة الأصلية بناء على أن المقاول لم يقم بالتزاماته ، وليست المحكمة ملزمة حتماً بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ الإيجار ، بل لها أن ترفض هذا الطلب وأن تكتفى بإلزام المقاول أن يقوم هو شخصياً بتنفيذ العمل الموكل إليه . ولرب العمل ، سواء طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ ، أن يطلب تعويضاً من المقاول إذا كان قد أصابه ضرر ، والمسئول عن التعويض فى الحالتين هو المقاول الأصلي لا المقاول من الباطن . وللمقاول من الباطن ، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالتنفيذ العيني أو بالفسخ ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلي يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن^(١) .

(١) وفى فرنسا يقع أن يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لا تكون مهمته أن يقدم شيئاً من المواد اللازمة للعمل ، بل تنحصر هذه المهمة فى أن يقوم بالعمل مع عمال هو الذى يحضرهم بنفسه . ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين المقاول الأصلي وهؤلاء العمال ، فهم لا يعرفون إلا المقاول من الباطن يتقاضون منه أجورهم ويتلقون منه التعليمات اللازمة للقيام بالعمل . ويتماضى المقاول من الباطن من المقاول الأصلي أجراً معيناً ، يدفع منه أجور العمال ، وما بقى فهو ربح له . وهذا العقد يسمى فى القانون الفرنسى *marchandage* ، ويسمى المقاول من الباطن *marchandeur* أو *tâcheron* . وأكثر ما يخشى من هذا العقد أن يستغل المقاول من الباطن العمال فيبيخهم أجورهم ، حتى يحتفظ لنفسه بأكبر ربح ممكن . ومن أجل ذلك صدر دكريتو ٢ مارس سنة ١٨٤٨ (وأعقبه قرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨) يحرم استغلال المقاولين من الباطن للعمال ، ويجعل هذا الاستغلال جريمة معاقباً عليها . وقد أدمج هذا الدكريتو فى المادتين ٣٠ (ب) و ١٠٣ من الكتاب الأول من تقنين العمل . وقد فسرت محاكم الاستئناف فى فرنسا هذه النصوص على أنها تحرم أصلاً كل مقالة من الباطن يكون الغرض الوحيد منها توريد عمال يشتغلون بتوجيه المقاول من الباطن ويأخذون أجورهم منه (أورليان ١١ يولييه سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ٢ - ٣٩٣ - Bourges ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠٠) . ولكن محكمة النقض فى فرنسا قضت بأن عقد المقاولة من الباطن فى هذه الحالة ليس محرماً فى ذاته ، بل المحرم هو استغلال المقاول من الباطن للعمال ، فإذا ثبت أن عقد مقالة من الباطن مكن للمقاول من الباطن أن يستغل العمال فهذا العقد يكون باطلاً ويستوجب العقوبة الجنائية (نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٦٩ - ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٦٩) (الدوائر المجتمعة) - ٢٢ يولييه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢١٦) . ثم صدر مرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يحرم هذا النوع =

١١٩ - قيام علاقات متنوعة في حالة المقاولة من الباطن : فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمني ، أو كان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل ، وعقد المقاول مقاولة من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ، فإن المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى في حق رب العمل . ويلجأ للمقاول إلى المقاولة من الباطن عادة في المقاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب ، فيعهد المقاول الأصلي لمقاولين من الباطن ، إذا كان العمل بناء مثلاً ، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التي تشتمل عليها المقاولة ، ويقوم المقاول الأصلي بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن^(١) .

ويترتب على المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلي : (١) علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن . (٢) علاقة المقاول الأصلي برب العمل . (٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن . ونستعرض هذه العلاقات الثلاث :

§ ١ - علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن

١٢٠ - عرقة رب عمل بمقاول : تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول ، ينظمها عقد المقاولة من الباطن . فيكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل ، عليه جميع التزامات رب العمل . ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلي مقاولاً ، عليه جميع التزامات المقاول .

ومن ثم يوجد عقداً مقاولاً : عقد المقاولة الأصلي يحكم العلاقة بين رب

= من الاستغلال . انظر في هذه المسألة بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦١ - فقرة ٤٠٦٣ - بلانيول وزيبير ورواست ١١ فقرة ٩١٩ - فقرة ٩٢٠ - بلانيول وزيبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٩٥ - چوسران ٢ فقرة ١٢٨٨ ص ٦٧٦ .

أما مقدمو الأنفار في مصرفهم لا يعملون بأنفسهم ، بل يقتصرون على توريد العمال ومنهم عمال التراحيل .

(١) بلانيول وزيبير ورواست ١١ فقرة ٩١٨ .

العمل والمقاول الأصلي ، وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن . وليس من الضروري أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين ، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة ، كمقدار الأجرة وشروط العقد . فقد تكون الأجرة في المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة في المقاولة الأصلية . وقد لا يوجد الشرط المانع في المقاولة الأصلية ، ويوجد هذا الشرط في المقاولة من الباطن . وقد يضع المقاول الأصلي شرطاً جزائياً في المقاولة من الباطن ، ولا يوضع هذا الشرط في المقاولة الأصلية .

١٢١ - التزامات المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن : ويلتزم

المقاول الأصلي كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل . وقد رأينا أن هذه الالتزامات هي تمكين المقاول من إنجاز العمل ، وتسليم العمل بعد إنجازه ، ودفع الأجر .

فيلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل . فإذا كان المقاول من الباطن في حاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له ، وجب على هذا الأخير أن ينفذ تعهده ، وأن يسلم المقاول من الباطن هذه المهمات والأدوات والمواد في وقت مناسب . وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج ، وجب على المقاول الأصلي أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل . وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن ، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعديدين ، بحيث لا يحول أحد دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم . فإذا لم يقم المقاول الأصلي بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على هذا النحو ، كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالي فيما يقتضي تدخل المقاول الأصلي كما إذا كان هذا ملزماً بتقديم مواصفات ورسوم ونماذج ، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . وقد سبق بيان التزام رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ .

ويلتزم المقاول الأصلي أيضاً بتسليم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه .
ففى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي ،
وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف
فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع
بعد إعداده عن تسليم العمل ، اعتبر أنه قد تسلمه . وله أن يمتنع عن تسلمه
إذا كان المقاول من الباطن قد خالف ماورد فى عقد المقاولة من الباطن من
الشروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ويكون تسليم المقاول
الأصلى للعمل فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته
ولعرف الحرفة ، وفى جميع الأحوال يجب على المقاول الأصلى أن يقوم بتنفيذ
التزامه من تسليم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضعه
تحت تصرفه أى يسلمه إياه . ويكون التسليم فى مكان التسليم ، ويتم باستيلاء
المقاول الأصلى على العمل وفقاً لطبيعته . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء
متميزة أو كان الأجر محددًا بسعر الوحدة ، جاز لكل من المقاول الأصلى
والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسليم عقب إنجاز كل جزء
أو وحدة من العمل . والمفروض أن المقاول الأصلى ، إذا دفع أجر جزء أو
أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم
يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن تحت الحساب . وإذا
لم يقيم المقاول الأصلى بالتزامه من تسليم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى ، كان
للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً ، ويمكن فوق ذلك وطبقاً
للقواعد العامة أن يلجأ المقاول من الباطن إلى إجراءات العرض الحقيقى . وقد
يسبطننا التزام رب العمل بتسليمه وتقبله تفصيلاً فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه
هناك (١) .

ويلتزم المقاول الأصلى أخيراً بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن . فيدفع
له الأجر المتفق عليه بينهما ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر وجب
الرجوع فى تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذى قام به المقاول من الباطن
والنفقات التى صرفها فى إنجازه (م ٦٥٩ مدنى) . وإذا اتفق على أجر بمقتضى

مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر في الحال المقاول الأصلي بذلك ، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الأجر ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات . وإن هو أخطر المقاول الأصلي ، كان له أن يرجع بزيادة في الأجر تقابل المجاوزة المحسوسة لتقديرات المقايضة . فإذا كانت هذه المجاوزة جسيمة ، جاز للمقاول الأصلي أن يقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العتد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدني) . أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزائي على أساس تصميم معين ، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حصل في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المقاول الأصلي أو أن يكون مأذوناً به منه . فإذا أذن المقاول الأصلي في تعديل التصميم أو في الإضافة إليه ، وجب عليه أن يدفع زيادة في الأجر تقابل ما وقع في التصميم من تعديل أو إضافة ، وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه وبين المقاول من الباطن لا على التعديل في ذاته ولا على مقدار الزيادة في الأجر . وإنما وجب الاتفاق الكتابي طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني في العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي ، لافي العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، وقد سبق بيان ذلك^(١) . وليس للمقاول من الباطن ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر الإجمالي الجزائي المتفق عليه ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المقابلة من الباطن عسيراً . على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقابلة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد (م ٦٥٨/٣ و ٤ مدني) . والمدين بالأجر هو المقاول الأصلي وورثته من بعده ، دون رب

(١) انظر: أنفاً، فقرة ١٠٠.

العمل بالرغم من أنه هو الذى انتفع بالعمل ، ومنع ذلك سترى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي . والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن ، وورثته من بعده . ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ويكون الدفع في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق في المكان الذى يقضى به العرف ، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف في موطن المقاول الأصلي وقت الوفاء أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وإذا أخل المقاول الأصلي بالتزامه من دفع الأجر ، فللمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني ، وله أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، وفي الحالتين له أن يطلب التعويض إذا كان له محل . وله أن يحبس العمل حتى يستوفي الأجر ، كما أن له حقوق امتياز في المواضع التى نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حق امتياز . وقد بينا كل ذلك تفصيلاً عند الكلام في التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١).

١٢٢ — التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلي : ويلتزم

المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل . وقد قدمنا أن هذه الالتزامات هي إنجاز العمل ، وتسليمه بعد إنجازه ، وضمانه بعد التسليم . فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلي ، سواء كان هو كل العمل محل المقاولة الأصلية أو كان جزءاً من هذا العمل . ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن ، وبالشروط الواردة في هذا العقد . فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٧ - فقرة ١١٦ - ويجوز كذلك للمقاول الأصلي أن يتحلل من عقد المقاولة من الباطن ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض المقاول من الباطن عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدني وسيأتي بيانها (انظر عكس ذلك بلانيول وريبيير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٧ : ولكنهما يسلطان أنه يجوز أن يشترط المقاول الأصلي على المقاول من الباطن ثبوت هذا الحق له ، بل يجوز أن يشترط للمقاول الأصلي على المقاول من الباطن جواز التحلل من عقد المقاولة من الباطن دون أن يدفع أى تعويض ، ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٥ - ١ - ٨١ - وانظر في المعنى الذى نقول به محمد ليبب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠) .

اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول من الباطن . وإذا احتاج المقاول من الباطن فى إنجازه للعمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلي بتقديمها له ، فعليه هو أن يأتى بها على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي أو رب العمل . وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل . فى هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها ، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية ، كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي . وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوخى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى عقد المفاوضة من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له . وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلي على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط . وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها ، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها ، ولكن لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . وإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد مابقى منها . فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشيء . ويلتزم كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعاً لعرف الحرفة . وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل على الوجه المتقدم ، جاز للمقاول الأصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، كما يستطيع طلب فسخ المفاوضة من الباطن ، وله أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتضى . وإذا ثبت فى أثناء

سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ،
 جاز للمقاول الأصلي أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ في خلال أجل
 معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى
 الطريقة الصحيحة ، جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن
 يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن . على أنه يجوز
 طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا
 كان لإصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً (م ٦٥٠ مدني) . وإذا
 تأخر المقاول من الباطن في أن يبدأ العمل أو في أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه
 مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز للمقاول
 الأصلي طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار لحلول أجل التسليم .
 وقد بسطنا كل ذلك تفصيلاً عند الكلام في التزام المقاول بإنجاز العمل ، فنحيل
 هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

ويلتزم المقاول من الباطن أيضاً بتسليم العمل بعد إنجازه . ويكون التسليم
 بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلي ، بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء
 عليه دون عائق . ويكون ذلك في الميعاد المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق
 ففي الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة . ويسلم العمل
 في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذي يعينه عرف
 الحرفة ، وإن لم يكن هناك عرف ففي مكان وجود العقار أو المنقول ، وإلا
 ففي موطن المقاول من الباطن أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله . وجزاء
 الإخلال بالتزام التسليم هو طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً فيجبر المقاول
 من الباطن على التسليم ، وإلا جاز للمقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقاولة
 من الباطن مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى . وإذا هلك الشيء وهو
 في يد المقاول من الباطن قبل تسليمه للمقاول الأصلي بسبب حادث مفاجئ ،
 تحمل المقاول من الباطن تبعه الهلاك ، فليس له أن يطالب بالأجر ولا برد
 النفقات . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها ، سواء كان هو المقاول
 من الباطن أو المقاول الأصلي أو رب العمل . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلاً عند

الكلام في التزام المقاول بالتسليم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

ويلتزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل . وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولاً عن جودتها ، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها . وإذا كان الذي قدم المادة هو المقاول الأصلي أو رب العمل ، فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامناً لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذي قدمها ، ولكن إذا كشف في أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفني عيوباً في المادة ، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلي فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وسواء كان الذي قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي أو رب العمل ، فإن المقاول من الباطن يكون في جميع الأحوال ضامناً لأي عيب في الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولاً عنه . فإذا كان العيب في الصنعة واضحاً ، بحيث يمكن للمقاول الأصلي أن يكشفه ، وتسلم هذا العمل وتقبله دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيماً ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول من الباطن ، ويبقى مسئولاً عن العيب نحو رب العمل ، ومن ثم ينقضى ضمان المقاول من الباطن للعيوب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلي العمل وتقبله إياه . وهذا لا يمنع من أن يتحفظ المقاول الأصلي عند تسلم العمل ، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد في العمل عيباً ، وفي هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب في المدة التي يتفق عليها مع المقاول من الباطن ، وإذا لم يكن هناك اتفاق في مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف المهنة . وإذا كان العيب ليس من الواضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل ، بقي المقاول من الباطن ضامناً للعيوب المدة القصيرة التي يقضى بها عرف الحرفة . وقد بسطنا هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في ضمان المقاول بوجه عام لعيوب الصنعة ، فما قدمناه هناك ينطبق هنا^(٢) .

بقي ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، وقد قدمنا أنه في العلاقة التي نحن بصددتها بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لا تسري المادة ٦٥١

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧ - فقرة ٥٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧ - فقرة ٥٩ .

مدنى ، وهى التى تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم فى المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع مايوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . بل يكون المقاول من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى فى حدود القواعد العامة ، ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لا يكون المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة ، لا إلى مدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي . وقد قدمنا أن السبب فى ذلك هو أن المقاول الأصلي من أهل الخبرة والفن ، فلا يوجد مقتضى لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاول من الباطن مدة عشر سنوات ، ويكفى فى حماية المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة فيها حماية كافية له (١) .

§ ٢ - علاقة المقاول الأصلي برب العمل

١٢٣ - عقد المقاولة الأصلي هو الذى ينظم هذه العلاقة : أما فى تنظيم العلاقة ما بين المقاول الأصلي ورب العمل ، فقد قدمنا أن عقد المقاولة الأصلي يبقى قائماً ، وهو الذى ينظم العلاقة فيما بينهما . ولاشأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن ، فهذا العقد لا يكسبه حقاً ولا يترتب فى ذمته التزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير ، وذلك فيما عدا مانص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة سنبحثها تفصيلاً فيما يلى .

فعقد المقاولة الأصلي إذن ، دون عقد المقاولة من الباطن ، هو الذى يحدد التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي ، ويحدد التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ - ويبقى المقاول الأصلي مسئولاً نحو رب العمل عن ضمان ما يظهر فى صنعة المقاول من الباطن من عيوب خفية طيلة عشر سنوات . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان ، فإن المقاول الأصلي الذى تسلم العمل من المقاول من الباطن ، لا يستطيع الرجوع عليه بالضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها العرف فانهت بانقضائها مسئولية المقاول من الباطن عن الضمان . (بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ - وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها فى الهامش . وانظر ما يلى فقرة ١٢٥) .

١٢٤ — التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي : ومن ثم يبقى

رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلي ، دون المقاول من الباطن ، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلي . فيلتزم نحو المقاول الأصلي بتمكينه من إنجاز العمل ، على النحو المفصل الذي أسلفناه . ويلتزم كذلك بتسليم العمل وتقبله من المقاول الأصلي لا من المقاول من الباطن ، وقد قدمنا ما يشتمل عليه هذا الالتزام من المسائل التفصيلية . ويلتزم أخيراً بدفع الأجر للمقاول الأصلي لا للمقاول من الباطن ، والأجر الذي يدفعه هو الأجر الذي ينشأ الالتزام به من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن . وإنما يلتزم رب العمل باستثناء بدفع ما في ذمته من الأجر للمقاول الأصلي مباشرة إلى المقاول من الباطن ، بموجب نص خاص في هذا الشأن سيأتي بحثه .

١٢٥ — التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل : ويبقى المقاول

الأصلي ملتزماً نحو رب العمل ، والتزاماته تنشأ هي أيضاً من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن . فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي ، على التفصيل الذي قدمناه في خصوص هذا الالتزام . ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه لرب العمل ، ويدخل في ذلك العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن ، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ثم يسلمه لرب العمل . ويلتزم أخيراً بضمان العمل ، لا ضماناً بموجب القواعد العامة فحسب ، بل أيضاً يضمن التهدم والعيوب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات على التفصيل الذي قدمناه . وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى إلا في حدود القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلي من المقاول من الباطن مبنى أقامه ، وسلمه لرب العمل ، فإن ضمان المقاول من الباطن لعيوب هذا المبنى نحو المقاول الأصلي لا يقوم إلا مدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلي للمبنى ، أما ضمان المقاول الأصلي لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى .

١٢٦ — مسؤولية المفاوض الأصلي عن المفاوض من الباطن نحو رب

العمل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦١ مدني تنص على ما يأتي :
« ولكنه (المفاوض الأصلي) يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المفاوض من الباطن قبل رب العمل »^(١).

ومعنى ذلك أن التزامات المفاوض من الباطن نحو المفاوض الأصلي ، وقد سبق بيانها ، يبقى المفاوض الأصلي مسئولاً عنها نحو رب العمل^(٢) . ولا يكون المفاوض من الباطن مسئولاً مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولاً نحو المفاوض الأصلي ، ثم يكون المفاوض الأصلي هو المسئول نحو رب العمل^(٣) . فإذا أخل المفاوض من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة ، كان المفاوض الأصلي مسئولاً عن ذلك نحو رب العمل . فيرجع رب العمل على المفاوض الأصلي ، ثم يرجع المفاوض الأصلي على المفاوض من الباطن .

وإذا أخل المفاوض من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازه ، كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المفاوض الأصلي لا المفاوض من الباطن ، فيرجع رب العمل على المفاوض الأصلي ، ثم يرجع المفاوض الأصلي على المفاوض من الباطن .

وإذا أخل المفاوض من الباطن بالتزامه بضمان عيوب الصناعة وظهر في عمله عيب ، كان مسئولاً عن هذا العيب ، نحو المفاوض الأصلي ، وكان المفاوض الأصلي مسئولاً عن نفس العيب نحو رب العمل . فيرجع هذا الأخير على

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١٣ من القانون المدني (القديم) ، ولو أنها تحول المفاوض إعطاء المفاوضة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك ، إلا أنها تعده مسئولاً عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مفاوض من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذي تعاقد عليه المفاوض الذي اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المفاوض ، خصوصاً إذا كان في شروط التعاقد ما يحمله مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المفاوضة (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) — وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٣٨٧ .

(٣) دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ٨١ — محمد ليبب شنب فقرة ٦٨ .

المقاول الأصلي ، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن . فإذا كان العيب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، كان المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب خلال عشر سنوات ، أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان في مدة قصيرة كما سبق القول .

ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن تابعه ، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له . وإنما هي مسئولية عقدية تنشأ من عقد الإيجار الأصلي ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعملاً وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي ، فيكون هذا مسئولاً عنها قبله^(١) .

§ ٣ - علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٢٧ المرفقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير

مباشرة : وقد قدمنا أن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي يحكمها عقد المقاولة الأصلي ، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن . ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل ، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد ، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ، ويربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن . وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي . فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢ - ولما كانت مسئولية عقدية فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاوم من الباطن وألا يكون مسئولاً عن المقاول من الباطن . كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلي مقالة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته ، فتتحول المقولة من الباطن إلى تنازل عن المقولة . كذلك يجوز أن يتمهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلي أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل ، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصلي لمصلحة رب العمل ، ويستطيع رب العمل في هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ويحتفظ في الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلي بموجب عقد المقولة (انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩) .

بالتزاماته ، بل الذى يطالب بها المقاول الأصلي . ولا يطالب المقاول من الباطن
رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلي^(١) .

١٢٨ — لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته :
والالتزامات المقاول من الباطن الثلاثة إنما يطالب بها مباشرة المقاول الأصلي
لا رب العمل .

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المقاول الأصلي المقاول من الباطن بموجب
عقد المقاولة من الباطن كما قدمنا . ولا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة
المقاول من الباطن بهذا الالتزام ، لا بموجب عقد المقاولة الأصلي لأن المقاول
من الباطن ليس طرفاً فيه ، ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لأن رب العمل
ليس طرفاً فيه . وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا
الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الأصلي .

ولا يستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم
العمل ، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه
المقاول الأصلي قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .
ولا يجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ،
ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي
فى الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

١٢٩ — لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته :
والمقاول من الباطن لا يستطيع كذلك أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ،
والذى يطالب بها مباشرة هو المقاول الأصلي .
فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، والالتزام بتسليم العمل وتقبله ،
لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل ، وإنما
يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي فى الرجوع على رب العمل
بطريق الدعوى غير المباشرة .

(١) ومع ذلك فقد قدمنا أن رب العمل قد يقبل المقاول من الباطن صراحة أو ضمناً ،
فينحل هذا محل المقاول الأصلي فى حقوقه وفى التزاماته . ومن ثم يستطيع رب العمل أن يطالب
المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته ، كما يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة
بالتزاماته ، وتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة (انظر آنفاً فقرة ١٢٦ فى الهامش) .

والالتزام بدفع الأجر لا يستطيع في الأصل المقاول من الباطن الرجوع فيه مباشرة على رب العمل ، ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الأصلي في أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون أورد هنا استثناء هاماً ننتقل الآن إليه .

١٣٠ — جواز مطالبة المقاول منه الباطن وعماله وعمال المقاول

الأصلي لرب العمل بالأجر مباشرة — نص قانوني : تنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل » .

« ٢ — ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » .

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني القديم ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية كانت تجرى على الوجه الآتي : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية طفيفة على النص ، وحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » من آخر الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥١ - ص ٥٤) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم : م ٥٠٦/٤١٤ — لا يجوز للمقاولين من المقاول الأول مطالبة المالك إلا بالمبالغ المستحقة لذلك المقاول في وقت الحجز الواقع من أحدهم أو بعده . م ٥٠٧/٤١٥ — ولهم حق الامتياز على تلك المبالغ كل منهم بقدر ما يخصه فيها ، ويجوز دفعها إليهم من طرف المالك بدون احتياج لأمر بذلك .

وقد رأينا أن المقاول من الباطن يستطيع أن يرجع على رب العمل في خصوص الأجر المستحق له قبل المقاول الأصلي ، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الأصلي ويطالب فيها بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائني المقاول الأصلي أن يزاحموا المقاول من الباطن ، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ، بل يقاسمه فيه سائر دائني المقاول الأصلي مقاسمة الغرماء . ومن أجل هذا جاء النص سالف الذكر يحمي المقاول من الباطن من مزاحمة دائني المقاول الأصلي ، ومد حمايته إلى عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن . إذ أن هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن ، فأعطى هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة^(١) وحق امتياز يجنبهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي .

= وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « يطابق هذا النص (م ٦٦٢ مدنى المادتين ٤١٤ - ٤١٥/٥٠٦ - ٥٠٧ من التقنين الحالى (القديم) ، مع تعديل يسير قضى به المشروع على النزاع الذى أثاره وجود كلمة الحجز فى النص الحالى (القديم) . والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلط : ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٥٣ - حيث لم تقصر تطبيق المادة على حالة حجز ما للمدين لدى الغير ، بل طبقها فى حالة الدعوى المباشرة التى يرفعها المقاول من الباطن على رب العمل . والفقرة الثالثة تقر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢١٦ - ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٣٥ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٦٧٨ : إن جميع الذين استخدموا فى إقامة المنشأ يحق لهم أن يدعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مدينوناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى . (وأحكام التقنين البنائى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ولو اقتصر القانون على الدعوى غير المباشرة التى يزاحم فيها سائر دائني المقاول الأصلي ، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية ، فالمقاول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلي معسراً ، فزاحمة دائنيه للمقاول من الباطن والعمال تنقص كثيراً =

ونبحث في صدد هذه المطالبة التي يقرر النص توجيهها إلى رب العمل المسألتين الآتيتين : (١) من يكون طرفاً في المطالبة . (٢) ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز .

١٣١ — منه يكون طرفاً في المطالبة : يقرر النص سالف الذكر أن الدائنين في المطالبة هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول وعمال المقاول من الباطن .

فالمقاول من الباطن يكون طرفاً في المقاول ، وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات و ثمن مهمات وأدوات وفوائد^(١) . والطرف الآخر في هذه المطالبة ، أى الطرف المدين ، هو رب العمل ، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاوله الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن . فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن

= من قيمة رجوع هؤلاء الأخيرين على رب العمل (لوران ٣٠ فقرة ٤٥ — جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ — هيك ١٠ فقرة ٤٣٣ — بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢٧ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢٠ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٢ — كولان وكايتان ودى لامور أنديير ٢ فقرة ١١٠٩) .

والتقنين المدني الفرنسي في المادة ١٧٩٨ ليس صريحاً في إعطاء الدعوى المباشرة لعمال المقاول ، ولكن الفقه الفرنسي يذهب كما رأينا إلى تفسير المادة ١٧٩٨ مدني فرنسي بأنها تعطى لعمال المقاول دعوى مباشرة ، بل وتعطيها أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأيديهم . وذهب القضاء الفرنسي أيضاً هذا المذهب (نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٨٥٤ سيريه ٥٤ — ١ — ٤٤١ — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٦٣ — دويه ١٣ أبريل سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣ — ٢ — ٥٣٦ — ليون ٢١ يناير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦ — ٢ — ٢٦٢ — مونبلييه ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٣ — ٢ — ٦٨٥) . انظر في مناقشة إعطاء الدعوى المباشرة لعمال في القانون الفرنسي بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢٨ — فقرة ٤٠٣٠ (ويذهب إلى أن المادة ١٧٩٨ مدني فرنسي لا تعطى للعمال إلا الدعوى غير المباشرة يرفعونها باسم المقاول الأصلي طبقاً للقواعد العامة : انظر بوجه خاص فقرة ٤٠٣٧ — وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١٢) . ولكن بعد صدور تقنين العمل انتق كل شك في وجود الدعوى المباشرة ، فقد قضت المادة ٤٧ من الجزء الأول من هذا التقنين صراحة بوجود هذه الدعوى لصالح البنائين والتجارين وغيرهم من العمال بالشروط المقررة في المادة ١٧٩٨ مدني فرنسي .

(١) ويدخل في ذلك أيضاً استرداد التأمين من رب العمل (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

دائن للمقاول الأصلي بأربعمئة ، وأن المقاول الأصلي دائن لرب العمل بخسمائة ، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمئة . أما إذا كان المقاول الأصلي دائناً لرب العمل بثلاثمائة ، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل إلا بثلاثمائة .

والعامل الذى يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة ، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاوّل على بعضه من الباطن . فى جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع ، فى حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له فى ذمّ المقاول بموجب عقد العمل^(١) ، على رب العمل بما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاوّل بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل .

والعامل الذى يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة ، ويرجع فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل : (أولاً) على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن ، فهو مدين مدينه ، ويرجع بما هو مستحق فى ذمة المقاول الأصلي للمقاوّل من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلي . (ثانياً) على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاوّل الأصلي ، فهو مدين مدين مدينه . ويرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاوّل الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل . وهذا مانصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدني سالف الذكر ، إذ تقول : « ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل » .

(١) أما إذا كان مصدر حق العامل فى ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل ، كالمسئولية التقصيرية ، فلا يرجع العامل فى هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة ، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٥) . وقد قضى بأنه إذا وقع حادث للعمال الذين عينهم المقاول من الباطن وقبلوا أن يعملوا تحت إشرافه ، فيكون هو المسئول وحده عن كل ما يصيبهم بسبب إهماله فى عمله (الإسكندرية الوطنية ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٦٢ ص ١٢٩) .

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قال هو أيضاً بدوره من الباطن ، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول ، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدني سالفه الذكر لا تعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذي قال مقاوله وهو هنا المقاول الأصلي . وعمال المقاول من الباطن الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلى المقاول الأصلي وهو مدين مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدني تقصر عن ذلك بالنسبة إلى العمال^(١).

١٣٢ — ما يترتب منه النتائج على الدعوى المباشرة وهو الاختيار :
ونفرض أن المقاول من الباطن أو عاملاً للمقاول يريد الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل . وقد قلنا أنه يرجع بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة .

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء^(٢) ، يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل . يستطيع المقاول الأصلي أن يستوفي هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه ، ويكون

(١) وليس لموردي المقاول الأصلي (fournisseurs) دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمتاول الأصلي ولا حق امتياز ، لأن نص المادة ٦٦٢ مدني لا يشمل الموردين كما شمل المقاولين من الباطن والعمال (انظر في هذا المعنى في عهد التقنين المدني القديم استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٨) . ولكن يجوز ، في دفتر الشروط مثلاً ، أن يكفل رب العمل المقاول في الديون التي تنشأ في ذمة هذا الأخير للموردين ، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنين معينين (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٣ — كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١١ : ويذهبون إلى أن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير) .

ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه ، وقد استمدوا حقوقهم من القانون (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٤ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣) .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

هذا الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل^(١)، ولو كانت المناقصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥ مدني^(٢). وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء. ويستطيع المقاول الأصلي كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل، مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء^(٣).

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦.

(٢) محمد لبیب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩ - إسماعیل غانم في عقد العمل ص ٣٥٧ هامش ٣ - ويكون الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣ - قارن دعوى المؤجر المباشرة قبل المستأجرين من الباطن حيث تنص المادة ٢/٥٩٦ مدني على ما يأتي: « ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت ثم وقت الإيجار من الباطن » - وانظر كولان وكاپيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٩). وكذلك يكون الحجز الموقع من دائن المقاول الأصلي تحت يد رب العمل سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل إنذار رب العمل بالوفاء (باريس ١٢ أبريل سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٥ - ٢٩١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣) - وانظر في كل ذلك أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١. ولكن قضى بأن الحجز تحت يد رب العمل لا يمنع من أن يسدد أجر المقاول من الباطن وأجر العمال حتى يقوموا بإنجاز العمل، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشاً لإضراراً بحق الدائن الحاجز (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣).

وهناك رأى يذهب إلى أن الوفاء، حتى يكون سارياً في حق المقاول من الباطن والعامل، يجب أن يكون بحسن نية (جيوار ٢ فقرة ٨٩٨). ولكن الصحيح أن الوفاء يكون سارياً في حق المقاول من الباطن والعامل حتى لو كان رب العمل عالماً بأن في ذمة المقاول الأصلي مبلغاً مستحقاً لها، ما دام لم ينذر رب العمل بالوفاء (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٣٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦١)، وذلك ما لم يثبت أن هناك غشاً وتواطؤاً بين رب العمل والمقاول الأصلي. ويكفي أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى يغل يد المقاول الأصلي، وليس من الضروري أن يسبق ذلك حجز تحت يد رب العمل (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥).

ولا يجوز للمقاول من الباطن أو العامل أن يرجع على المقاول الأصلي الذي استوفى حقه من رب العمل قبل الإنذار بالوفاء، بحجة أن المقاول الأصلي قد أثرى على حسابه دون سبب، فإن المقاول الأصلي قد قبض ما يستحقه بموجب عقد المقاولة الأصلي وهذا هو السبب في إثرائه، فلا يكون إثراؤه إذن دون سبب (نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ٢٤٧ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١ هامش ٤٤).

(٣) ويستطيع رب العمل أن يجنب عمال المقاول من الباطن كل هذه الدفوع لو أنه، في =

ثم يقع بعد ذلك أن ينذر المكاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه . ولا يحتاج ، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى ، أن يرجع أولاً على المكاول الأصلي ، وليس من الضروري أن يكون المكاول الأصلي معسراً ، فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المكاول من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل^(١) . ومن وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المكاول الأصلي أن يتصرف في حقه ، ويكون هذا التصرف غير سارفي حق المكاول من الباطن أو العامل . فإذا وفي رب العمل المكاول الأصلي حقه كله أو بعضه ، فإن هذا الوفاء لا يسري في حق المكاول من الباطن أو العامل ، بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله في حدود ما له في ذمة المكاول الأصلي ، ويرجع رب العمل على المكاول الأصلي بما دفعه للمكاول من الباطن أو العامل^(٢) . كذلك لا تجوز المقاصة بين حق المكاول الأصلي في ذمة رب العمل ودين في ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة . ومن ذلك الوقت أيضاً لا يجوز للمكاول الأصلي إبراء رب العمل .

ويخلص من ذلك أن المكاول من الباطن أو العامل ، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل ، أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمكاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء ، وذلك

= دفتر الشروط مثلاً ، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المكاول الأصلي أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم . فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، بموجبه يرجع عمال المكاول من الباطن على المكاول الأصلي مباشرة بأجورهم ، ولا يستطيع المكاول الأصلي أن يحتج عليهم بأنه سبق أن وفي المكاول من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المكاول الأصلي . كذلك لا يستطيع المكاول الأصلي أن يحتج على العمال بحجز وقعه دائنو المكاول من الباطن تحت يده أو بمقاصة وقعت ، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو وقوع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة . ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واضحاً ، فلا يكفي أن يشترط رب العمل أن يدفع المكاول من الباطن لعماله أجورهم بانتظام (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وزواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٤ - نقض فرنسي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٣٢٤) .

(١) محمد ليب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٨ - وإذا أفلس المكاول الأصلي فتقدم المكاول من الباطن أو العامل في تفليسته ، فإن هذا لا يمنعه من الرجوع أيضاً بالدعوى المباشرة على رب العمل ، حتى يستوفي جميع حقوقه من التفليسة ومن رب العمل (باريس ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ٢ - ١٥٠ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٨) .

(٢) حتى لو كان الوفاء للمكاول الأصلي واقعاً على حق مستحق الأداء .

في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي . فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائئى المقاول الأصلي ، وهذه هى المزية الكبرى للدعوى المباشرة^(١) .

ويستطيع أيضاً أن يحصل على هذه المزية ، فيتجنب مزاحمة دائئى المقاول الأصلي ، لو أنه بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة وقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي^(٢) . فإنه في هذه الحالة يكون له حق امتياز ، يتقدم به على سائر دائئى المقاول الأصلي . ومحل هذا الامتياز هو المبلغ الذى يكون في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز^(٣) ، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل في ذمة المقاول الأصلي^(٤) . فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التى في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز ، متقدماً على سائر دائئى المقاول الأصلي^(٥) فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى سالفه الذكر في هذا المعنى : « ولهم (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلي) في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل^(٦) ،

(١) أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم ، فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي يقى بجميع حقوقهم ، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم ، كل بنسبة حقه . ويستوى في ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن ، أو هم وعمال المقاول ، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن .

(٢) فإذا كان المطالب هو عامل للمقاول من الباطن ، فإنه يوقع الحجز تحت يد رب العمل ، أى تحت يد مدين مدين مدينه خلافاً للقواعد المقررة في الحجز تحت يد الغير .

(٣) وحق الامتياز موجود بحكم القانون ، فالحجز لا يوجده ، ولكن فائدة الحجز هى في تحديد محل الامتياز (محمد ليبب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩) .

(٤) أو هو ما لعمال المقاول من الباطن في ذمة المقاول من الباطن ، يرجعون به ، كما قدمنا ، إما على المقاول الأصلي في حدود ما في ذمته للمقاول من الباطن ، وإما على رب العمل في حدود ما في ذمته للمقاول الأصلي .

(٥) قارن محمد ليبب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ .

(٦) أو تحت يد المقاول الأصلي في حالة عمال المقاول من الباطن .

يستطيع رب العمل أن يوفى المقاول الأصلي^(١) ما لهذا في ذمته . ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده ، يجب عليه أن يوفى أولاً حقوق المقاولين من الباطن والعمال ، مقدماً إليهم على سائر دائني المقاول الأصلي حتى لو حجز هؤلاء تحت يده . فإذا لم يف مافي ذمته للمقاول الأصلي بحقوق المقاولين من الباطن والعمال ، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء ، كل بنسبة حقه ، ولم يأخذ سائر دائني المقاول الأصلي شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل . ويجوز لرب العمل ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضي ، أن يؤدي هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال على النحو السالف الذكر^(٢) .

بقي أن نواجه فرضاً آخر ، هو أن ينزل المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق ، وكانت القواعد العامة تقضي بأن هذه الحوالة تسري في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة في حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة ، وقبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز^(٣) .

ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدني سالف الذكر تنص على ما يأتي :

(١) أو المقاول من الباطن في حالة عمال المقاول من الباطن .

(٢) وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدني : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتي : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » . فحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » في لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف ، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المحذوفة ، فيبقى المعنى بالرغم من حذف العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ - وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ في الهامش) .

ونرى بما تقدم أن للمقاول من الباطن أو العامل دعوى مباشرة وحق امتياز ، وقد كان أحدهما يعني عن الآخر ، فيستغنى مثلاً بحق الامتياز عن الدعوى المباشرة . ومزية حق الامتياز على الدعوى المباشرة تظهر فيما إذا لم يكن للمقاول من الباطن أو العامل إلا الدعوى المباشرة ، ورفع دائن آخر للمقاول الأصلي الدعوى غير المباشرة على رب العمل فوفى له هذا الأخير بما في ذمته للمقاول الأصلي . ففي هذه الحالة لا يملك المقاول من الباطن أو العامل - وليس له إلا الدعوى المباشرة وقد ضاعت عليه إذ لم يرفعها قبل وفاء رب العمل بما في ذمته للمقاول الأصلي - إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء . وهذا بخلاف ما إذا كان للمقاول من الباطن أو العامل حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة ، فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر (انظر الوسيط ٢ فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٣) انظر في هذا المعنى الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

« وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل ». ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة لا تسرى في حق المقاول من الباطن أو العامل ، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز ، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له . ويقطع في صحة هذا التفسير أن المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما يأتى : « والفترة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة »^(١). وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدنى القديم بهذا المعنى ، فقضت هذه المحكمة في دوائرها المجتمعة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ - وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ في الهامش .
 (٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ -
 وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ - ١٨ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٣ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢ -
 ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٢ - ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٢ - الوسيط ٢ فقرة ٥٥٧ ص ٩٨٣ - محمد لييب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ - ١٦١ .

الفصل الثالث

انتهاء المقاولة

١٣٣ - بيان أسباب انتهاء المقاولة : تنهى المقاولة الانتهاء المؤلف بتنفيذها . وتنتهى كذلك ، قبل تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة . وهناك أخيراً سببان لانتهاء المقاولة خاصان بها .

١٣٤ - الانتهاء المؤلف بتفسير المقاولة : الانتهاء المؤلف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد ، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه ودفع الأجر ، وينفذ المقاول التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل^(١). ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان. فيبقى التزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية في المادة التي قدمها مدة قصيرة أو مدة سنة بعد تسلم العمل ، ويبقى ضمان المقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت التسلم على النحو الذى يسطناه تفصيلاً فيما تقدم .

وقد تنهى المقاولة بانقضاء المدة ، ويكون هذا تنفيذاً مألوفاً لها . والمدة ليست عنصراً أساسياً فى عقد المقاولة كما هى فى عقد الإيجار ، ولذلك ليست لها من الأهمية هنا ما لها هناك . ومع ذلك قد يقترن عقد المقاولة بمدة معينة ينجز فى أثنائها العمل . وقد تكون هذه المدة عنصراً أساسياً فى المقاولة بحيث تجعلها عقداً زمنياً . مثل ذلك أن يتعاقد رب العمل مع شركة لصيانة آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية ، كصيانة المصعد أو السيارة أو الآلات الزراعية أو أجهزة الكهرباء أو أجهزة تكييف الهواء ، لمدة سنة . فالعقد هنا عقد

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه أو على حسب العمل الذى يعمل به ، أنه يعتبر منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل ، بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٤٠ ص ١١٠٧) .

مقاوله لمدة سنة ، والزمن عنصر جوهري فيه . وتنتهى المقاوله بانقضاء مدتها^(١) ، ويجوز تجديدها تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمناً . والتجديد الضمني يكون على الوجه الذي يحدد به عقد الإيجار تجديداً ضمناً ، وقد سبق بحث ذلك في عقد الإيجار^(٢) . إلا أنه إذا جددت المقاوله تجديداً ضمناً ، وبأنفس الشروط السابقة ، فإنها تجدد لمدة غير معينة ، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء المقاوله في أى وقت بعد إخطار يراعى العرف في تحديد مدته^(٣) .

١٣٥ — انقضاء قبل التنفيذ وفقاً للقواعد العامة — نص قانونى :

وقد ينتهى عقد المقاوله قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة . وأهم أسباب انتهاء المقاوله قبل تنفيذها وفقاً للقواعد العامة هي استحالة التنفيذ والفسخ والتقابل .

ولم يعرض التقنين المدني لهذه الأسباب مكتفياً بتطبيق القواعد العامة ، فيما عدا السبب الأول منها وهو استحالة التنفيذ ، فقد نص عليه نصاً صريحاً حتى يعرض بعد ذلك لما يترتب على استحالة التنفيذ الراجع لهلاك الشيء من تحمل التبعة^(٤) . فنصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدني على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاوله باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه^(٥) . وليس هذا النص إلا

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود البناني على أن « تنهى إجارة الخدمة أو الصناعة : أولاً — بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل . ثانياً — . . . » .

(٢) انظر الوسيط ٦ في التجديد الضمني لعقد الإيجار .

(٣) ومع ذلك قد قضى بأن التجديد الضمني يكون لنفس المدة السابقة (استئناف مختلط .

٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) — انظر في هذه المسألة بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٦ مكررة — محمد ليب شنب فقرة ١٤٩ ص ١٨٢ .

(٤) ولكن حذف من النص في مراحله التشريعية ، كما سنرى ، الجزء الخاص بتحمل التبعة . اكتفاء بالقواعد العامة ، فبقى النص مقصوراً على تقرير انقضاء المقاوله باستحالة تنفيذ العمل .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه .

الآتى : « ١ — إذا كان المفاوض مستعداً لتنفيذ العمل ، ثم استحال التنفيذ لسبب يرجع إلى رب العمل ، ولكنه سبب تتوافر فيه شروط الحادث الفجائى ، كان للمفاوض الحق فى ثمن ما أنجز من عمل وفى استرداد ما أتفق من مصروفات لم تدخل فى هذا الثمن . ٢ — ويجوز فى هذه الحالة لرب العمل أن ينقص مما يؤديه للمفاوض قيمة ما اقتصده هذا من جراء عدم إتمام العمل . ٣ — أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ من رب العمل ، فلمفاوض أن يطالب فوق ذلك بالتعويض » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « ١ — تنتهى المقاوله باستحالة تنفيذ العمل » .

تطبيقاً للمبدأ العام في انقضاء الالتزام الذي تقررده المادة ٣٧٣ مدني إذ تقول : « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فإذا أثبت المَقاول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي ، كأن كان العمل رسماً فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه كأن قطعت يده التي يرسم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لا تتحمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية ، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لامتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقي لحلول موعد الامتحان ومنعه المرض من المضي في إعطاء

= المعقود عليه . ٢ - وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يعوض المَقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدني) . أما إذا استحال بخطأ المَقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولاً عن خطئه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣ مدني) هي التي تسري . وأصبحت المادة رقمها ٦٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، واستبدلت عبارة « ينقضي عقد المقاولة » بعبارة « تنتهي المقاولة » الواردة في صدر الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٦٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لائحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تقريراً للقواعد العامة . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٦ : ١ - تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه .

٢ - وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يعوض المَقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩ . أما إذا استحال بخطأ المَقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون مسئولاً عن خطئه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة هي التي تسري . (ونص التقنين العراقي مطابق لنص المشروع النهائي للتقنين المصري ، وتتنفق أحكامه مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمعقود البنائي م ٦٤٣ : تنتهي إجارة الخدمة أو الصناعة : أولاً - ...

ثانياً - . ثانياً - باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة . (وأحكام التقنين البنائي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

الدروس^(١) ، ففي جميع هذه الأحوال ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدني التي تقضي بأنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه ، استحق المقاول تعويضاً ، لا بموجب المقاولة فقد انتهت ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب . وقد فصلت المادة ٦٦٧ مدني ذلك في خصوص موت المقاول ، بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يدره فيه ، فقالت : « ١ - إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . ٢ - ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً . ٣ - وتسري هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . وسنعود إلى بحث هذا النص عند الكلام في موت المقاول . ونكتفي هنا ، فيما نحن بصددده ، بأن نقول إن المقاول في الأمثلة السالفة الذكر يقتضي تعويضاً من رب العمل أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل^(٢) . فالرسام ، إذا كان

(١) ومثل ذلك أيضاً أن يكون العمل في حاجة لرخصة إدارية وامتنعت الإدارة عن إعطاء هذه الرخصة ، أو تكون الأرض التي تراد إقامة البناء عليها قد نزع ملكيتها للمنفعة العامة . (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٨٥) .

(٢) وقد كان المشروع النهائي للمادة ٦٦٤ مدني يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدني) . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ، ولكنه يكون مسئولاً عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣) هي التي تدرى » . وقد حذفت هذه الفقرة في مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٨ - ص ٥٩ . وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

وتطبيق القواعد العامة يؤدي ، في حالة استحالة التنفيذ لسبب قهري ، إلى الأحكام التي بسطناها في المتن . أما في حالة الاستحالة بخطأ المقاول ، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع

قد أنجز جزءاً من عمله ذا قيمة فنية ، يتقاضى قيمة هذا الجزء من رب العمل. ويسلمه إياه ، والمدرس يتقاضى أجراً عادلاً عن الدروس التي أعطاها قبل مرضه ، وهكذا . أما إذا كانت المقاوله تقتضى استخدام شيء للعمل فيه. وهالك هذا الشيء بسبب أجنبي ، فقد رأينا المادة ٦٦٥ مدني تجعل تبعه هذا الهالك قبل تسليمه على المقاول ، ويكون هالك المادة على من قام بتوريدها . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في تبعه هالك الشيء قبل التسليم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

بقي من أسباب انتهاء المقاوله قبل تنفيذها الفسخ والتقايل . أما الفسخ ، فكالاتفاسخ فيما قدمناه ، ينهي العقد قبل تنفيذه . ويجوز طلب فسخ المقاوله إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقود الملزمة للجانبين . فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته ، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التي تقتضي بها أصول الصنعة ، أو تأخر

= التعويض إذا كان له مقتض ، أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العيني . وفي حالة الاستحالة بخطأ رب العمل ، يجوز القول بأن رب العمل يكون في حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة ، ومن ثم تسري أحكام المادة ٦٦٣ مدني على الوجه الذي سنبينه فيما يلي . ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٣) ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة سنديك الطرف المفلس ، وإذا امتنع السنديك عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (بودري وقال ٢٠٢ فقرة ٤٠٨٢ - فقرة ٤٠٨٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨) . وإذا أفلس المقاول وكان هو الذي قدم المادة التي استخدمها في العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس ، فإنها تبقى ملكاً للمقاول (انظر آنفاً فقرة ٤٠) ، ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التفليسة حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً (انظر بودري وقال ٢٠٢ فقرة ٤٠٨٣ : ويذهب إلى أن العبرة بتسليم رب العمل لا بإنجاز العمل ، فقبل التسليم يبقى الشيء ملكاً للمقاول) . وقد نصت المادة ٨٩٠ من التقنين المدني العراقي ، في خصوص إفلاس رب العمل ، على ما يأتي : « إذا أشهر إفلاس رب العمل ، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأي منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ » . وقد ورد في رلشرع التمهيدى للتقنين المدني المصري نص مماثل لنص التقنين المدني العراقي ، هو المادة ٨٨٩ من هذا المشروع (مشروع تنقيح التقنين المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المعماة ص ٨٨٩ . وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

وانظر في أن بيع أحد الطرفين لمحل عمله (fonds de commerce) أو توقفه عن مزاولة أعماله هو ، كالاتفلاس ، لا يكون سبباً في انتهاء المقاوله : بودري وقال فقرة ٤٠١٦ .

فى تسليم العمل ، أو ظهر فى العمل عيب خفى واجب الضمان ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، والمحكمة تقدر هذا الطلب ، فإن أجابته فسخ عقد المقاولة واعتبر كأن لم يكن . وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته ، كأن امتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبل العمل وتسليمه أو من دفع الأجر ، جاز للمقاول هو أيضاً أن يطلب فسخ العقد . وقد بسطنا وجوه الفسخ أ تفصيلاً ، كل وجه فى موضعه ، ونكتفى هنا بالإحالة على كل ذلك (١) .

وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقاييل . فيتفق المقاول ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، وكما انعقدت المقاولة يتراضى الطرفان فإنها تنتهى كذلك بتراضيهما (٢) . ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقاييل ، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة ، وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب ، تتكفل بتسوية الحساب .

١٣٦ - سببانه الانتهاء خاصانه بالمقاولة : ويبقى بعد ذلك سببان لانتهاء خاصان بعقد المقاولة ، وقد وردت فى شأنهما نصوص خاصة فى التقنين المدنى : (السبب الأول) هو تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة . (والسبب الثانى) موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار . ونظراً لأهمية هذين السببين ، تخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

١٣٧ - نص قانونى : تنص المادة ٦٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على أن « تنتهى إجازة الخدمة للخدمة أو الصناعة : أولاً - ... ثانياً - بصدور حكم من القاضى بفسخ العقد فى أحوال معينة على القانون . ثالثاً - ... » - والمحكمة ، عند فسخ العقد ، أن تعطى تعويضاً للطرف الذى طلب الفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتعويضه عنها تعويضاً عادلاً (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٧ - فقرة ٤٠٨٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ - نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ - ٢ - ٨٨ - مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ - ٣ - ١٣٢) .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ .

« ١ - لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إنتامه ، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » .

« ٢ - على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر^(١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٧/٤٩٥^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٢٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٦٦٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٨٨٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٣٤^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التتمين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥ - ص ٥٧) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٠٧/٤٩٥ : وفي جميع الأحوال يجوز لصاحب العمل أن يوقفه مع أدائه التعويضات اللازمة للمقاول في مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذي صار لإتمامه . ولكن إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المفاوضة معه على العمل كله ، وجب عليه في حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذي كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « تطابق الفقرة الأولى نص المادة ٤٠٧/٤٩٥ من التقنين الحالي (القديم) مع تحديد أدخله المشروع عليها . أما الفقرة الثانية فقد قررها المشروع اقتباساً من بعض التقنينات الحديثة مع مراعاة ما ورد في أحكام محكمة الاستئناف الأهلية : ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص ٩٢ رقم ٤٨ - والمختلطة : ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٦) - والظاهر أن محل دفع رب العمل للمقاول الربح الذي كان ينتج من تنفيذ المفاوضة ، في التقنين المدني القديم ، هو أن يكون العقد بأجر إجمالي (انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٩ (مطابق) .

١٣٨ - النص تطبق للقواعد العامة لوضعت فيه مسaire طبيعة

عقود المقاولة : ويتبين من النص سالف الذكر أن لرب العمل أن يتحمل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة ، لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لا بد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه . فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع في العقد ، وقد تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، وقد يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المقاولة فتتخالف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر ، وقد يصاب رب العمل في أثناء تنفيذ المقاولة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضي في تمويل المقاولة ، وقد يصبح العمل المطلوب أدائه غير مجد لرب العمل . فأجاز القانون ، لسبب من هذه الأسباب أو لأي سبب آخر يبدو وجيهاً في نظر رب العمل ، أن يرجع هذا الأخير في العقد ويتحمل من المقاولة ، على أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ، وهذا خير له من المضي في العمل إلى نهايته والإنفاق في غير فائدة^(١) . ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به على القواعد العامة ، إذ رب العمل يتحمل بإرادته وحده من عقد ملزم له ، والقاعدة المقررة هي أن « العقد شريعة المتعاقدين » فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون « (م ١٤٧/١ مدني)^(٢) . ولكن عندما

= التقنين المدني الليبي م ٦٦٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٥ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لا يوجد نص مقابل تماماً . وأقرب النصوص هي المادة ٦٣٤ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتي : « من التزم بالقيام بعمل أو بخدمة ولم يتمكن من إتمامها لسبب يتعلق بمستأجره ، يحق له أن يتقاضى كل الأجر الذي وعد به إذا كان قد بقى على الدوام قيد تصرف المستأجره ولم يؤجر خدمته لشخص آخر . على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض الأجر المعين بحسب مقتضى الحال » .

(١) دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ١٦٨ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٧٤٥ - محمد ليب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) وهذا ما قال به كثير من الفقهاء (لوران ٢٦ فقرة ١٧ - جيوار ٢ فقرة ٨٠٣ - =

نتأمل الجزاء على رجوع رب العمل في العقد ، وهو أن يعوض المفاوض ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب ، نرى أن ذلك يؤدي إلى أن رب العمل ، وقد أجاز له القانون أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بإتمام العمل محل المفاوضة ، لم يعفه مع ذلك من تنفيذ العقد عن طريق التعويض ، فهو ملزم بدفع تعويض كامل بعنصريه مجتمعين : ما تجشمه المفاوضة من خسارة وما فاته من كسب. فلو أن النص سالف الذكر لم يوجد ، ووقف رب العمل تنفيذ المفاوضة لسبب قام به ، لكانت القواعد العامة تقضي بأن يكون للمفاوض الحق في طلب التنفيذ العيني والمضي في تنفيذ العمل فيتقاضى الأجر كاملاً ، ويجوز كذلك بدلاً من التنفيذ العيني أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض فيتقاضى ما تجشمه من خسارة وما فاته من كسب. ولما كانت طبيعة عقد المفاوضة تأتي على المفاوض أن يتمسك بطلب التنفيذ العيني ، إذ لا مصلحة له في أن يتم العمل حتماً والمصلحة في ذلك إنما هي لرب العمل ، ومصلحة المفاوض في أن يتقاضى التعويض كاملاً ، فقد أقلل القانون في وجهه باب التنفيذ العيني إذ لا مصلحة له فيه ، وأبقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته . وإذا ثبت أن للمفاوض مصلحة أدبية في إتمام العمل ، فسرى أن القانون يسمح أيضاً بتعويضه عن هذه المصلحة . فالنص إذن يؤول في النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المفاوضة بالنسبة إلى المفاوض^(١). أما بالنسبة إلى رب العمل فالأمر يختلف ، فإن هذا له مصلحة محقة في أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المفاوضة ، ومن ثم لم يجز القانون للمفاوض أن يرجع في عقد المفاوضة بإرادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب

= بودري وقال ٢ فقرة ٨٠٩٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - ولكن قارن كولييه دي سانتير ٧ فقرة ٢٤٧ مكررة - ٢ - هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ .
(١) ويصل الأستاذ محمد ليب شنب إلى نفس النتيجة عن طريق نظرية الجحود المبتر للعقد فيقول : « . . . الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التي كان في استطاعته أن يتوقعها ببذل جهد معقول (م ١/٢٢١) ، فذلك يفرض عليه التزاماً بتخفيف المضار ، ووفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمفاوض أن يمتنع في تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على الحل من العقد وجحوده له ، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد في الأضرار التي تصيبه . فإن استمر في التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويض عن هذه الأضرار على أساس أنه كان في وسعه توقُّعها » (محمد ليب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٩ - وانظر أيضاً بحثه في نظرية الجحود المبتر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤) .

العمل ، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض^(١) .

بقي أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني سالفه الذكر تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب ، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . وليس في هذا أيضاً إلتطبيق للقواعد العامة . فإنه عند حساب الخسارة التي تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاولة ، يجب أن يستنزل ما لم يتحمله فعلاً من هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضي في إنجاز العمل . وفي حساب الكسب الذي فات المقاول ، يجب أن يستنزل كذلك ما لم يفته فعلاً إذا كان قد استخدم وقته في أمر آخر عاد عليه بكسب معين . والذي يقطع في ذلك أن القضاء ، في عهد التقنين المدني القديم الذي لم يشتمل على نص مماثل للفقرة الثانية سالفه الذكر ، كان يجري هذا الحكم باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

بعد هذا التمهيد نتكلم ، في صدد المادة ٦٦٣ مدني ، في المسائل الآتية :

(١) ما يشترط للتحلل من المقاولة بإرادة منفردة . (٢) ما لا يشترط لإمكان هذا التحلل . (٣) كيف يقع التحلل . (٤) ما يترتب على التحلل من النتائج .

(١) انظر فيما يذهب إليه بعض الفقهاء من أنه قد يكون للمقاول مصلحة في الرجوع في عقد المقاولة بإرادته إذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة إليه : بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠١ . ولكن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحاً ، فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضاً كاملاً كما قدمنا فيبقى متحملاً لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهيم وحده دون المقاول ، فإذا رأى لأسباب صحيحة عنده ألا مصلحة له في إتمام العمل جاز له وقف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ بعد أن تقاضى التعويض كاملاً .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه لتحديد مقدار الكسب الذي فات المقاول ، لا يجوز التمسك بفرق حسابي بين أسعار التكلفة والأجر المتفق عليه ، إذ أن المقاول لم يؤد فعلاً عملاً يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تبعه عنه ، فتقضي العدالة إذن بتخفيض مقدار هذا الكسب الاحتمالي (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) . وانظر أيضاً استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩٢ .

١٣٩ - ما يَسْتَرُطُّ بوساطة التحلل هذه المقاوله بإدارة منفردة :

يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدنى سالفه الذكر أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المقاوله بإرادة منفردة .

(الشرط الأول) أن يكون العمل محل المقاوله لم يتم^(١). فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاوله ، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الأجر كاملاً على سبيل التعويض ، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه . ويثبت الحق فى التحلل من المقاوله منذ إبرام العقد ، حتى لو لم يبدأ العمل^(٢) ، بل إن التحلل قبل البدء فى العمل أيسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل . ويبقى الحق فى التحلل قائماً ، حتى بعد البدء فى العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه . فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه ، انقطع حق رب العمل فى التحلل من المقاوله بعد هذا الإعذار^(٣).

(الشرط الثانى) أن يكون الطرف الذى يتحلل من العقد هو رب العمل . فالمقاول ليس له الحق فى التحلل من المقاوله بإرادته المنفردة ، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلى النهاية ، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض^(٤) . ذلك أن لرب العمل مصلحة محققة فى هذا التنفيذ العينى دون التعويض ، إذ هو لم يبرم عقد المقاوله إلا للحصول على هذا التنفيذ . فرب العمل إذن هو وحده الذى يملك التحلل من العقد ، فى مواجهة المقاول أو فى مواجهة ورثة المقاول على ما سنرى ، وهو حق شخص

(١) دأيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٧٠ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩١ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٥ .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٩٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - نقض فرنسى ٢٧ يولييه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ - ١ - ١١ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٠٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣١ .

متروك لمحض تقديره فلا يجوز أن يستعمله دائنوه باسمه^(١). ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلى الخلف العام والخلف الخاص . فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق^(٢) . فإذا تعدد الورثة وكانوا يصيرون مالكين في الشيوع للعمل بعد إتمامه ، فإن الرجوع عن هذا العمل يعتبر في حكم التصرف فيه . ومن ثم إذا اختلف الورثة في استعمال هذا الحق ، جاز لمن كان يملك منهم ثلاثة أرباع العمل إذا تم أن يتحالوا من المقاوله إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاوله واجباً (م ٨٣٢ مدني)^(٣). كذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاوله ، فلو نزل رب العمل عن المقاوله إلى غيره ، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد^(٤) . أما إذا باع رب العمل الأرض التي يقام عليها البناء بعقد مقاوله ، فإن مشري الأرض لا ينتقل إليه عقد المقاوله إلا إذا اتفق على ذلك ؛ فإذا انتقل إليه العقد ، جاز له التحلل منه بإرادته المنفردة باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم^(٥).

(الشرط الثالث) أن يكون تحلل رب العمل من المقاوله راجعاً إلى مشيئته . هو ، لا إلى خطأ المكاول^(٦) . ذلك أن المكاول إذا ارتكب خطأ ، فسيحل رب العمل ليس التحلل من المقاوله ، بل يطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ

(١) هيك ١٠ فقرة ٤٢٠ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - بلانيول وريبير ورواست

١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ - ص ١٩١ .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ .

(٣) انظر في هذا المعنى محمد ليبب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ وفقرة ١٥٥ ص ١٩٠ - وانظر في القانون الفرنسي حيث لا يوجد نص مماثل للمادة ٨٣٢ مدني مصري : بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٠ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ .

(٤) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ .

(٥) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٠ .

(٦) كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٦ - نقض فرنسي ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي پاليه ١٩٤٠ - ٢ - ٨٨ .

يبرر الفسخ ، وفي هذه الحالة يكون المقاول هو المسئول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب . هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً ، فى حالة خطأ المقاول ، أن يطلب التنفيذ العيني ، فيجبر المقاول على إصلاح خطأه عيناً مع المضى فى التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ .

(الشرط الرابع) ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد . ذلك لأن حق رب العمل فى التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة فى كل من شرطها . يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد ، وفى هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة ، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بالمشى فى تنفيذ المقاولة إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل كما سئرى . ويجوز الاتفاق أيضاً ، على العكس مما تقدم ، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أى تعويض للمقاول ، أو دون أن يدفع تعويضاً كاملاً بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول^(١) .

١٤٠ — ما يشترط بوساطة التحلل منه المقاولة بإرادة منفردة :

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة :

١ — ويستوى فى ذلك أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزائى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة ، فى الحالتين يجوز التحلل . وهذا الحكم لا يتطرق إليه شك فى التقنين المدنى المصرى ، إذ نص المادة ٦٦٣ مدنى عام لم يفرق بين حالة وحالة . أما فى التقنين المدنى الفرنسى فالمادة ١٧٩٤ لا تذكر إلا المقاولة بأجر إجمالى جزائى ، فذهب بعض الفقهاء ، إلى أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدرًا بسعر الوحدة^(٢) . ولكن بعضاً آخر ذهب إلى عدم التمييز ، وأجاز

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٨ — نقض فرنسى ٢٧ يولييه سنة ١٩١٤ سريه مختصر ١٩١٤ ١ — ١١٠ .
(٢) لوران ٢٦ فقرة ١٨ — بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٩٤ — بلانيول وريبير ورواست =

التحلل في المقاولة المقدر أجرها بسعر الوحدة من باب أولى ، إذ هي أقل ربطاً
لرب العمل وأيسر عند حساب التعويض^(١) .

٢ - ويستوى كذلك أن يكون التحلل في عقد مقاولة أو في عقد مقاولة
من الباطن . فيجوز للمقاول الأصلي ، باعتباره رب عمل ، أن يتحلل من
المقاولة من الباطن قبل إتمام العمل^(٢) . ولكن الرأي السائد في فرنسا أن المادة
١٧٩٤ مدني فرنسي لا تسري في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من
الباطن ، بل تقتصر على العلاقة ما بين رب العمل والمقاول^(٣) .

٣ - ولا فرق ، في ثبوت الحق لرب العمل في التحلل ، بين ما إذا كان
هو الذي قدم المادة التي تستخدم في العمل أو كان الذي قدمها هو المقاول^(٤) .
وفي حالة ما إذا كان المقاول هو الذي قدمها ، فإن له أن يأخذ تعويضاً عنها
بعد أن يسلمها لرب العمل ، وله أن يحتفظ بها وفي هذه الحالة لا يتقاضى عنها
تعويضاً .

٤ - ويثبت حق التحلل لرب العمل أيا كان محل المقاولة . فقد يكون
محلها بناء أو منشآت ثابتة أخرى ، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية

= ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٩٨ - جوسران ٢ فقرة
١٣٠٩ .

(١) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٧ - ديشرجييه ٢ فقرة ٣٧١ - هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ -
جيوار ٢ فقرة ٨٠٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٢ - دي پاچ ٤
فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ - أنسيكلوبيدي
دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et ind. فقرة ١١٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢١ في آخرها في الهامش .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٧ وفقرة ٤٠٩٥ - بلانيول وريبير ورواست
١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣
Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٩ - هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ - بودري
وقال ٢ فقرة ٤٠٩٣ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ وهامش ١١ - بلانيول
وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - ص ١٧٨ - دي پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ -
دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ١٦٩ - جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ - أنسيكلوبيدي دالوز
٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٠ - عكس ذلك وأن الحق في التحلل لا يثبت إذا
كان المقاول هو الذي قدم المادة : ترولون ٣ فقرة ١٠٣٠ - ماركاديه م ١٧٩٤ - م ١٧٩٩
فقرة ٢ - بيزوس ص ١٦١ .

أو سيارات أو أثاث أو رسم أو غير ذلك من الأعمال ، ففي جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يتحلل من المقاولة^(١) .

٥ - ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المقاول . فقد يكون مقاول بناء ، أو مهندساً معمارياً^(٢) ، أو طبيباً ، أو محامياً ، أو محاسباً ، أو نجاراً ، أو سباكاً ، أو غير ذلك . وفي جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد ، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى .

٦ - ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أيا كانت الأسباب التي يقدمها لهذا التحلل . بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد ، ويكفى محض إرادته . وهو وحده الموكول إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد ، دون معقب على تقديره من المحكمة^(٣) .

١٤١ - كيف يقع التحلل من المقاولة : ويقع التحلل من المقاولة

بإخطار رب العمل المقاول برغبته في الرجوع في المقاولة . والتكييف القانوني للتحلل هو أنه إرادة من جانب واحد ، أى تصرف قانوني يصدر من رب العمل للرجوع في عقد المقاولة . وتكييف الرجوع في المقاولة هو نفس تكييفه

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ١١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ (ب) - چوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Luage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢١ .

(٢) جيوار في الوكالة فقرة ٢٨ - بودرى وثال ٢ فقرة ٤٠٩٦ .

(٣) وقد قضى بأن لصاحب العمل وحده الحق في فسخ عقد المقاولة والعدول عن إتمام العمل ، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة له ، أو حاقته به صعوبات مالية جعلته في حالة مادية لا تمكنه من الاستمرار في تنفيذه والصرف عليه ، ولايسأل عن هذا بياناً أو تدليلاً ، ولايستطيع المقاول اعتراضاً على تصرفه إذ هو له بحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يعود عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٩ رقم ٤٩٨ ص ١٢٨٣) . وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٩ .

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد تعسف في استعمال حقه في التحلل من العقد ، كأن قصد من وراء التحلل أن ينال من سمعة المقاول الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، جاز للمقاول أن يرجع بتعويض على رب العمل طبقاً للقواعد المقررة في التعسف في استعمال الحق (قرب دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩٢ - ص ١٩٣) .

في عقود أخرى يجوز فيها الرجوع ، كالهبة والوكالة وعقد الإيجار والعمل إذا كانت مدتها غير معينة .

ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً للرجوع ، ولا ميعاداً معيناً له . فوجب القول إن الرجوع يكون في صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته في التحلل من العقد . وقد يكون الإخطار في ورقة رسمية على يد محضر ، وقد يكون في كتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويّاً . ولكن عبء إثبات الإخطار ، وهو تصرف قانوني كما قدمنا ، يقع على رب العمل ، فإذا كانت المقابلة تزيد على عشرة جنهات وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . ويجوز الرجوع في أي وقت ، منذ إبرام المقابلة إلى ما قبل إعدار المفاوض لرب العمل بتسلم العمل كما سبق القول (١).

ويتم الرجوع عن المقابلة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المفاوض ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة لأثرها .

١٤٢ — ما يترتب من النتائج على التحلل من المقابلة : فإذا وقع الإخطار على الوجه المتقدم الذكر ، ترتبت النتائج الآتية :

(أولاً) ينتهي عقد المقابلة بالرجوع فيه ، فلا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر ، ولا يعود المفاوض ملزماً بإنجاز العمل (٢) .

(ثانياً) ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المفاوض « عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، لا عقد المقابلة فقد انتهى كما سبق القول . فيلتزم رب العمل :

١ — بتعويض المفاوض عن جميع ما أنفق من المصروفات ، ولو كانت

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) وإذا جاز لرب العمل أن ينهي المقابلة بإرادته المنفردة ، فإنه لا يجوز له أن يوقف تنفيذ العقد بإرادته وحده ، فليس له إلا أن يمضي فيه أو أن يتحلل منه (نقض فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩١٤ سيرييه مختصر ١٩١٤ - ١ - ١١٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Lonage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٨) .

مصرفات أولية لم تعد بأي نفع على رب العمل^(١). وكذلك يلتزم بتعويضه عما أنجزه من الأعمال ، ويدخل في ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التي صرفها في إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التي قدمها لاستخدامها في العمل. وعلى المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل ، بعد أن يتقاضى قيمته على النحو السالف الذكر. على أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التي قدمها ، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألا يتقاضى تعويضاً عنها^(٢). ولا يتقاضى المقاول تعويضاً إلا عن الأعمال التي يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل بالتحلل من العقد. أما الأعمال التي يقوم بها بعد ذلك فلا يرجع فيها على رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب ، أي بأقل القيمتين ما صرفه فعلاً وما عاد من نفع على رب العمل. وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل ، كما لو وضع أدوات صحية في بناء فيثبت هذه الأدوات في أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في تثبيت الأدوات.

٢ - بتعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل^(٣). فإذا كان

(١) ولكن يشترط أن يكون هناك عقد معاولة قائم وقت إنفاق هذه المصروفات ، أما إذا كان المقاول قد أنفق هذه المصروفات قبل إبرام عقد المعاولة وهو يأمل بذلك أن يبرم هذا العقد ، فليس له أن يستردها (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٤).

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص ١٩٣.

(٣) فلا يكفي تعويض المقاول عما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي إذ قضى بالزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاؤه على ما اتخذ المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه ، إذ هو (المقاول) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء ، وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تمهد به من تقديم مواد البناء ، فضلاً عن أنه استغنى عن عمله ووكّل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء ، وكان الحكم الاستثنائي ، إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائي واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء ، قد أقام قضاؤه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول في ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع أو تأخر في تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستثنائي إذ ندّ عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ، ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائي من أسباب ، كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص ٣٠). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المعاولة معه على العمل كله ، وجب عليه في حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذي كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف =

العمل مثلاً بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر ثلاثين ألفاً ، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار ، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في بناء خمسة الأدوار على الوجه الذي قدمناه . ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل ، فإذا كان مثلاً ١٠٪ من الأجر المقدّر^(١) ، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون ثلاثة آلاف . فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل ، إذ هو الكسب الذي فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار . وإذا كان أجر المقاول مقدراً بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدّر لها والنفقات الفعلية التي يصرفها في صنعها ، ويكون مجموع الربح الذي فاته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التي كانت مقدرة بموجب التصميم .

٣ - بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدبي من جراء منعه من إتمام العمل . ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية في إتمام العمل ، كأن يكون عملاً فنياً يفيد في سمعته^(٢) . فالنحاح إذا منع من إتمام التمثال الذي كلف بنحته ، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذي كلف بوضعه ، والمهندس إذا منع من بناء نموذجي وضع تصميمه ، كل هؤلاء قد ينالهم ضرر أدبي من جراء عدم إتمامهم للعمل ، فيرجعون بتعويض على رب العمل عن هذا الضرر .

(ثالثاً) تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني كما رأينا : « على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً ، ويتعين عليها بوجه خاص أن

= وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٤٨ - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ .

(١) باعتبار أنه هو الفرق ما بين الأجر المقدّر والنفقات الفعلية التي كان يصرفها في بناء عشرة أدوار محسوبة على أساس النفقات الفعلية التي صرفها في بناء الخمسة الأدوار .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٩ - دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ١٧١ - محمد ليبب شنب فقرة ١٥٧ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ - إكس ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت دي پاليه ١٩٢٣ - ٢ - ٢٩٥ - دويه ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٩ ص ٤٦٥ - قارن دي پاچ ٤ فقرة ٩١٥ ص ٩٤٦ .

تتقضى منه ما يكون المقاول قد اقتصد به من جراء تحليل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . وهذا كما قدمنا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب . مثل ذلك أن يتضح ، بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذي فاته على أساس النفقات الفعلية التي صرفها فيما أتمه من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقي منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الربح الذي فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور . وإذا كان يجوز تخفيض التعويض في هذه الحالة ، فإنه يتعين تخفيضه في حالتين أخريين . الحالة الأولى هي ما يكون المقاول قد اقتصد به من جراء تحليل رب العمل من العقد ، وهذا بديهى فإنه لا يرجع إلا بمقدار ما أنفقته فعلاً ، فإذا اقتصد شيئاً ولم ينفقه بسبب تحليل رب العمل من العقد ، فإنه لا يرجع به^(١) . والحالة الثانية هي ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . فقد أتاح له عدم إتمام العمل فسحة من الوقت يصح أن يكون قد استخدمها في عمل آخر در عليه ربحاً ، فيجب استئصال هذا الربح من الكسب الذي فاته . وليس من الضروري أن يكون قد استخدم وقته فعلاً في عمل آخر ، بل يكفي أن يكون قد أتاحت له فرصة في استخدامه ولم يغتنمها ، فإنه يكون بتقصيره قد أضاع على نفسه هذا الكسب^(٢) .

المبحث الثاني

موت المقاول

١٤٣ — نصوص قانونية : تنص المادة ٦٦٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

- (١) ويخفيض التعويض أيضاً على أساس أن المقاول بعدم إنجاز عمله بقتل المقاول لم يصحح العمل ولم ينجزه منه (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩١)
- (٢) وليس في التقنين المدني الفرنسي نص بمثل المادة ٦٦٣ من التقنين المصري ، والى ذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى عدم جواز خصم ما كسبه المقاول أو ما كان يستطاع كسبه باستخدام وقته في أمر آخر (هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ — بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٢) .

« ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار ، فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » .
وتنص المادة ٦٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات » .

٢ « ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً » .
« ٣ - وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٦٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدي ، وكان المشروع يتضمن فقرات أربعاً ، الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد ، أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتي : « ٢ - وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعمار أو مع أحد عمال هؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة . ٣ - وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك . ٤ - وفي سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكافأة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد » . وفي لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة الأولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وحذفت الفقرات الثلاث الأخيرة « لعدم الحاجة إليها » ، وأصبح رقم المادة ٦٩٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ - ص ٦٥) .

م ٦٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتي : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له في جملتها ، إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير =

وتقابل النصوص في التقنين المدني القديم المادة ٤١١/٥٠٢ - ٥٠٣ (١).
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٦٣٢ - ٦٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٥ - ٦٦٦ - وفي التقنين
المدني العراقي م ٨٨٨ - ٨٨٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٤٣
وم ٦٧٤ (٢).

= ذلك من الأعمال الكبيرة . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٦٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٥ -
ص ٦٧) .

(١) التقنين المدني القديم م ٤١١/٥٠٢ - ٥٠٣ : ينسخ استئجار الصانع بموئته أو
بجاذئة قهرية منعه عن العمل . وفي هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره
الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق في مجموعها
مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٢ - ٦٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٥ - ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٨ : ١ - تنهى المفاوضة بموت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية

محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لرب العمل
فسخه في غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن
تنفيذ العمل . ٢ - وتعتبر دائماً شخصية المفاوض محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع فنان
أو مهندس أو معماري أو مع غيرهم من يزاولون مهنة حرة أخرى . وتفترض هذه الصفة في العقود
التي تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك . وفي سائر الأحوال
الأخرى ، وبخاصة في أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها
اسم المفاوض في السوق ، لا صفات المفاوض الشخصية ، هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد .
م ٨٨٩ : ١ - إذا انقضى العقد بموت المفاوض ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة
ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال
والنفقات . وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له في جملتها إذا كان موضوع المفاوضة تشييد مبان أو
إنشاء أعمال كبيرة أخرى . ٢ - ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم
إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً . ٣ - وتسري هذه الأحكام
أيضاً إذا بدأ المفاوض في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ونصوص التقنين الأول تطابق
نصوص المشروع التمهيدى من التقنين الثاني) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٤٣ : تنهى إجارة الخدمة أو الصناعة ... (ثالثاً) =

١٤٤ — موت رب العمل وموت المقاول : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن موت المقاول ينهى فى بعض الحالات عقد المقاولة ، أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص . فنستعرض كلا من الفرضين .

١٤٥ — موت رب العمل : لم تعرض النصوص كما قدمنا لموت رب العمل ، فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة . ولما كانت شخصية رب العمل ليست فى العادة محل اعتبار فى عقد المقاولة ، فإن موت رب العمل لا ينهى المقاولة ، بل يبقى العقد قائماً ما بين المقاول وورثة رب العمل وقد حلوا محله . فبقى هؤلاء مرتبططين بعقد مورثهم ، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته ، وذلك دون نظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة للورثة فائدتها للمورث ، ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنسبون العمل محل المقاولة . فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة ، وتكون ورثة رب العمل لا يرغبون فى استثمار أموال التركة فى مثل هذه العمارة ، أو يورثون اقتسام هذه الأموال ، ومع ذلك يبقون ملتزمين بدفع الأجر كاملاً للمقاول ، ولهم الحق فى أن يطلبوا منه لإنجاز العمل وتسليمه وضمانه^(١) .

وبدیهى أن التزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون فى حدود أموال التركة ومن هذه الأموال ، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالکین لها فى الشيوع كل يقدر حصته فى التركة .

ولنما يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حياً ، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى

== باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة أو لوانة المستخدم أو المستصنع . وتراعى فى هذه الحالة الأخيرة الأحكام الاستثنائية المنصوص عليها فى القانون . ولا تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة بوفاة السيد أو المولى .

م ٦٧٤ : إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها . (وأحكام التقنين البنائى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، وإن كانت لم تشترط أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، ولم تذكر صراحة أن ما يقبضه ورثة المقاول من الأجرة المناسبة للعمل الذى تم يكون على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب) .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ - بيروس ص ١٦٢ - محمد طيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ .

التي تقدم ببيانها ، على أن يدفعوا للمقاول من أموال الشركة جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وذلك طبقاً لما فصلناه من القواعد فيما تقدم ، وبخاصة يجب أن يكون القرار الصادر منهم بالتحلل من المقاوله صادراً ممن يملك ثلاثة أرباع الشركة مستنديين في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الورثة ، ولأن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاوله واجباً (١).

١٤٦ - موت المقاول ويلحق به أنه يصبح عاجزاً عن إتمام العمل

السبب لا يرد له فيه - ماله : والفرض الثاني هو أن يموت المقاول . ويلحق بموت المقاول أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه . فإذا كان رساماً وقطعت يده التي يرسم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أفعده عن إجراء العملية ، فقد قدمنا أن المقاوله تنفسخ كما كانت تنفسخ بموت المقاول ، ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت (٢) . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٦ مدني سالفه الذكر على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . ويستوى أن يكون المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً ، أو أصبح عاجزاً بعد إبرام المقاوله وقبل البدء في تنفيذ العمل . ونكتفي هنا بأن نذكر موت المقاول ، فيكون عجزه عن تنفيذ العمل ملحقاً بموته فيما سنعرض له من الأحكام (٣) . ويجب التمييز عند موت المقاول بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد . (الحالة الثانية) ألا تكون هذه المؤهلات محل اعتبار (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) مع ملاحظة أنه في حالة موت المقاول يرد رب العمل للنفقات التي صرفها المقاول للورثة ، أما في حالة العجز عن العمل فالنفقات ترد إلى المقاول نفسه .

(٤) وهذا التمييز لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٧٩ من هذا التقنين -

١٤٧ - الحانة الأولى - مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار

في التعاقد : تقول المادة ٦٦٦ مدني في صدرها كما رأينا : « ينقضى عقد المقاول بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد » . والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل . فيدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة ، وتخصيصه في نوع العمل محل المقولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص وما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه (١) .

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى . وقد أورد المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٦ مدني فقرات ثلاثاً تلي ضوئاً على هذه المسألة الموضوعية ، وقد حذفت هذه الفقرات في لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها » ، ونوردها هنا للاستئناس بها : « ٢ - وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن ، أو مع أحد المهندسين ، أو مع أحد مهندسي المعمار ، أو مع أحد ممثلي هؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة - ٣ - وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع ، إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك ٤ - وفي سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق ، لصفات المقاول الشخصية ، هي التي كانت محل الاعتبار في التعاقد (٢) » . ويستخلص من هذه النصوص أن رجال الفن

= ينهى المقولة بموت المتأول دون تمييز بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد أو كانت غير محل اعتبار . ولكن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها (بودري وثال ٢ فقرة ٤٠٧٥ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ - ص ١٧٦ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٣ - وقارن بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٤ : موت المقاول إنما ينهى عند المقولة إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار) .

(١) انظر محمد.ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ - ص ٦٤ - وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ .

في الهامش .

كالرسامين والنحاتين والموسيقين والمغنين ، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين ، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد . أما العمال والصناع ، كالتقاشين والسباكين والتجارين والحدادين ، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هي محل اعتبار في التعاقد ، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المقابلة عملاً بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص في الحرفة ، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد . وأما المقاولات الكبرى ، كالعمارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون العبرة ، لا بصفات المقاول الشخصية ، بل بالمكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق . فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية في الغالب محل اعتبار في التعاقد . فإذا مات المقاول فإن أعماله تنتقل عادة إلى بعض من ورثته ممن كانوا يعملون معه ، فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا في تنفيذ المقاولات التي يكون المورث قد عقدها قبل موته^(١) .

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، ومات المقاول ، فإن عقد المقابلة ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول ، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول^(٢) . ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية ، حيث تقول المادة ٦٦٦ مدني سالف الذكر في الحالة التي لا تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد : « لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه » .

(١) وهناك من المقاولات الكبيرة - كالعمارات الضخمة والجسور والخزانات والسدود والتناطير ومحطات الكهرباء - ما لا يقوم به عادة إلا الشركات الكبيرة . ولا محل هنا للكلام في موت المقاول وإنما يكون البحث في حل الشركة أو إفلاسها ، وفي هذه الحالة تتبع القواعد المقررة في حل الشركات وتصفيتها (انظر بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٩٤) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ - عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٧٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٣١ .

فيستخلص من ذلك أنه حيث تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، ينتهى العقد من تلقاء نفسه^(١) . فالمقاوله تنسخ من تلقاء نفسها في هذه الحالة ، ولا يستطيع ورثة المقاول أن يستمروا في تنفيذها ، ولا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار في التنفيذ . وإذا أراد الطرفان المضي في التنفيذ ، فلا بد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة ، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقاوله الأصلية^(٢) . وتنسخ المقاوله بموت المقاول على الوجه الذى قدمناه ، سواء كان من قدم المادة التى استخدمت في العمل هو رب العمل أو المقاول^(٣) ، وسواء كانت المقاوله مقاوله أصلية أو مقاوله من الباطن^(٤) ، وسواء كان الأجر جزافاً أو بسعر الوحدة ، وأيا كان محل المقاوله بناء كان أو منشآت ثابتة أخرى أو أى شىء آخر .

١٤٨ — الحان الثانية — مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار

في التعاقد : ويكون ذلك كما قدمنا في المقاولات التى يكون محلها عملاً بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص في الحرفة ، وكذلك في المقاولات الكبيرة التى يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على

(١) محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويرتب على ذلك أن لورثة المقاول الحق في التمسك بهذا الانقضاء (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٨ — محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) ، (٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ .

وإذا تعدد المقاولون وكانوا متضامنين ، فوت أحدهم لا ينهى المقاوله إلا بالنسبة إليه ويبقى العقد ملزماً للآخرين ، ما لم يكن مشروطاً اجتماعهم في تنفيذ العمل (دلفو فقرة ٣٤٩ ص ٢٧٩ — محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٣ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٤ .

(٤) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨ — محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويلاحظ أن موت المقاول الأصل ينهى المقاوله الأصلية فتنتهى بانتهائها المقاوله من الباطن ، أما موت المقاول من الباطن فلا ينهى إلا المقاوله من الباطن وتبقى المقاوله الأصلية (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٨) .

كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات وروثوس أموال . ففي هذه الحالة تقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدني كما رأينا : « لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز ، في هذه الحالة الثانية ، بين صورتين :

(الصورة الأولى) إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . مثل ذلك ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته ، أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يعيشوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . ففي هذه الصورة لا تنفسخ المقاول من تلقاء نفسها ، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها . والقاضي يقدر ما إذا كانت الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد ، أو أن فيهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ . أما الورثة أنفسهم ، فإذا كانوا لا يحترفون حرفه مورثهم أو كانوا لا يطمثون إلى قدرتهم على المضي في العمل فإن لم أيضاً ، إذا أصر رب العمل على التنفيذ ، أن يطلبوا من القاضي فسخ العقد ، ويكون للقاضي تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه .

(الصورة الثانية) إذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ، بحيث لا يمكن أن يجاب إلى طلب الفسخ لا رب العمل ولا ورثة المقاول . ففي هذه الصورة يبقى عقد المقاول قائماً بالرغم من موت المقاول ، ويكون الورثة ملزمين بالمضي في العمل إلى أن ينجزوه ، وتنتقل إليهم حقوق مورثهم ، وكذلك تنتقل إليهم التزاماته في حدود التركة . ولكن هذا لا يمنع رب العمل من استعمال حقه في التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، طبقاً للأحكام المقررة في المادة ٦٦٣ مدني والتي سبق تفصيلها .

١٤٩ - ما يترتب على انتهاء المقاول بموت المقاول : وإذا انتهت

المقاول بموت المقاول ، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية

لحسن تنفيذ العمل ، فإن الالتزامات التي أنشأها عقد المقاولة في جانب رب العمل أو في جانب المقاول تنقضي بانتهاء العقد . فلا يعود الورثة ملزمين بالمضي في العمل ، ولا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر .

ومن اليسير الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أن يبدأ تنفيذ المقاولة ، فلا يرجع أحد من المتعاقدين بشيء على الآخر ، إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده . ولكن الذي يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدأ تنفيذ المقاولة قبل موته ، فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها في العمل ، وبدأ العمل فعلاً في هذه المادة أو في المادة التي يكون رب العمل قد قدمها ، فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أو مهد لإنجازه . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦٧ مدني إذ رأيناها تقول : « إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات » . فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب ، فيلزم رب العمل عند انتهاء المقاولة على النحو الذي بسطناه بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفقه المقاول في الأعمال التي أتمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال .

فإذا كان رب العمل هو الذي ورد القماش للخياط لصنع الثوب ، ففصله الخياط ومات قبل أن يخيطه ، استرد رب العمل من ورثة الخياط القماش المفصل ، ودفع لهم أجرة التفصيل ، ويستأنس في تقديرها بالأجرة المتفق عليها لصنع الثوب كاملاً فيدفع نسبة من هذه الأجرة بقدر ما يقضي عرف الحرفة بأن تكون نسبة أجرة التفصيل إلى الأجرة الكاملة . وظاهر هنا أن رب العمل قد أفاد من عمل الخياط ، فإنه يستطيع أن يخيط الثوب بعد تفصيله عند خياط آخر . أما إذا كان رب العمل لم يفد من عمل المقاول ، أو أفاد منه فائدة أقل مما تكلف المقاول من مصروفات وجهد ووقت ، كأن كان المقاول لم ينجز من العمل شيئاً وإنما أنفق مصروفات للتمهيد لإنجازه ، وأعاد المقاول الذي تولى المضي في المقاولة العمل من جديد أو أعاد الكثير منه كما تقضي أصول الصنعة ، فإن رب العمل في هذه الحالة لا يدفع لورثة المقاول الأول شيئاً أو يدفع لهم ما يعادل القدر المحدود الذي أفاده . مثل ذلك أن يعهد رب العمل إلى

مهندس في وضع تصميم ، فموت المهندس قبل أن يقطع شوطاً كبيراً في إنجاز وضع التصميم بحيث يكون ما أنجزه منه غير ذي فائدة للمهندس الذي يأتي بعده ، ويضطر هذا لإعادة وضع التصميم كله من جديد ، ففي هذه الحالة لا ترجع ورثة المهندس الأول بشيء على رب العمل لأنه لم يفد من عمل مورثهم شيئاً . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٧ مدنى يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له (لرب العمل) في حملتها إذا وردت المقاوله على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب حذفها^(١) . وكان النص المحذوف يضع قرينة قانونية على نفع الأعمال والنفقات التى قام بها المقاول قبل موته في مقاولات البناء والأعمال الكبيرة ، فلا يستطيع رب العمل رفضها يدعى أنها غير نافعة له . وبعد حذف هذا النص أصبحت هذه القرينة قرينة قضائية بدلا من أن تكون قرينة قانونية ، وللقاضى تقدير ما إذا كان يأخذ بها أو لا يأخذ^(٢) .

وإذا كان المتماول هو الذى ورد المادة ، كأن كانت المقاوله صنع أثاث ، فاشترى المتماول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وصرف نفقات في التمهيد للعمل وأنجز بعضاً منه ، فإن رب العمل يدفع لورثة المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد النفقات التى صرفت في إنجاز العمل أو في التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه في كل ذلك ، على أن يكون هذا كله في حدود النفع الذى عاد على رب العمل من ذلك . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال يملك ما بدأ في صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة ، ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع . وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة ، وقد انتقلت إليهم المالكية من مورثهم ، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير في صنعه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٦ - وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ في الهامش .

(٢) وإذا غير رب العمل من مواصفات العمل بعد موت المقاول بحيث أصبح ما أنجزه المقاول من العمل بعد موته غير نافع ، فلا يعتد بذلك ، والعبرة بالمواصفات الأولى (لوران ٢٦ فقرة ٢٤ - جيوار ٢ فقرة ٨٠١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٠) . ولكن العمل يعتبر غير نافع إذا لم يستطع رب العمل بعد موت المقاول أن يجد مقاولاً آخر يكمله ، فيضطر إلى تركه (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٠ ص ١١٧١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦

لأنفسهم على ألا يرجعوا بشيء على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر (١). ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدني تقول كما رأينا : « ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً » . فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة ، ويجيز لرب العمل أن يجبر الورثة ، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذي بيناه ، على أن يسلموا له المواد التي تم إعدادها من الأثاث والرسوم التي بدئ في تنفيذها (٢) .

١٥٠ — مقارنة بين أحوال ثلاث في التحلل منه المقاولة : رأينا مما

تقدم أن لرب العمل أن يتحلل من المقاولة قبل إنجاز العمل في أحوال ثلاث : (١) عندما يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل (م ٦٦٣ مدني) . (٢) عندما يبرم المقاولة بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة وتثبت ضرورة مجاوزة المقدرة في المقايضة مجاوزة جسيمة ، فقد قدمنا أنه يجوز لرب العمل في هذه الحالة « أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدني) . (٣) عندما يموت المقاول فتنتهي بموته المقاولة أو تفسخ ، وهي الحالة التي نحن بصدددها .

ففي الحالة الأولى — تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة — يجب على رب العمل تعويض المقاول تعويضاً كاملاً ، فيعوضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب . والسبب في ذلك أنه تحلل من المقاولة بمحض مشيئته ، فوجب عليه التعويض الكامل .

وفي الحالة الثانية — تحلل رب العمل من المقاولة للمجاوزة الجسيمة — يكون التعويض أقل منه في الحالة الأولى ، إذ أن رب العمل لا يعرض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . والسبب في ذلك واضح ، إذ هو في

(١) وهذا هو الحكم في القانون الفرنسي حيث لا يوجد نص يقابل المادة ٦٦٧ / ٢ مدني مصري (أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٢ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ .

هذه الحالة لا يتحلل من العقد بمحض مشيئته كما يفعل في الحالة الأولى ، بل هو مضطر إلى التحلل من المقاولة نظراً لمجاوزة المقايضة مجاوزة جسيمة وما ينجم عن ذلك من إرهاب له .

وفي الحالة الثالثة — انقضاء المقاولة أو فسخها لموت المقاول — نجد أن التعويض أقل مما هو في الحالتين السابقتين ، إذ يدفع رب العمل لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق المقاول وقيمة ما أفاد هو . فهنا لم يتحلل من العقد بمحض مشيئته ، كما فعل في الحالة الأولى فكانت مسؤوليته كاملة وكان التعويض كاملاً . ولم يتحلل من المقاولة بسبب المجاوزة الجسيمة للتكاليف ، كما فعل في الحالة الثانية فكانت مسؤوليته غير كاملة وكان التعويض ناقصاً . ولكنه تحلل من المقاولة لسبب لا يد له فيه ، فلا مسؤولية عليه ، ولذلك لا يدفع تعويضاً إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب .

الباب الثاني

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول

التزام المرافق العامة(*)

١٥١ — التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم

والعمل : يجب التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق العام والعمل ، إذ أن العقد الأول يدخل في مباحث القانون الإداري ولا شأن لنا به هنا إلا من حيث اتصاله بالعقد الثاني ، أما العقد الثاني فيدخل في مباحث القانون المدني إذا كيف على أنه عقد مدني كما سيأتي .

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام واستغلاله بشروط معينة تذكر في عقد الالتزام . وهو طريق من طرق إدارة المرافق العامة كما سيجيء . وجهة الإدارة تعتبر في حكم رب العمل ، ويعتبر الملتزم في حكم المقاول ، ولكن هذه المقولة هي كما قدمنا من مباحث القانون الإداري .

أما العقد بين ملتزم المرفق العام والعمل ، وهو الذي يعنينا هنا ، فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام — كشركة سكك حديدية أو شركة نور أو غاز أو مياه — وبين أحد المستهلكين لهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية أو

(*) مراجع : توفيق شحاته في التزام المرافق العامة رسالة بالفرنسية من القاهرة سنة ١٩٤١ — محمد فؤاد مهنا في القانون الإداري المصري الجزء الأول في المرافق العامة سنة ١٩٥٢ — قالين (Waline) في القانون الإداري الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٠ — بونار (Bonnard) في القانون الإداري سنة ١٩٣٥ — رولان (Rolland) في القانون الإداري الطبعة التاسعة سنة ١٩٤٧ .

مشارك في النور أو الغاز أو المياه ، فيكون هذا المستهلك عميلاً للشركة . والعقد هنا أيضاً عقد مقاوله^(١) ، ولكنه على خلاف عقد التزام المرفق العام من مقاولات القانون المدني لا من مقاولات القانون الإداري .

« وقد أصبحت العلاقات التي تقوم في المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين الماؤل وعملائه — كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — من الأهمية بمكان ، نظراً لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة في الوقت الحاضر ، وصار من الضروري أن يعرض التقنين المدني لهذا النوع من المقاولات فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة . بل إن الحاجة إلى التنظيم في هذا النوع من المقاولات أشد منها في الفرعين السابقين ، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التي تتولى استغلال المرافق العامة ، مما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن . فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تجيز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت ، إلى جانب المرافق التي يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل في إدارتها . »

« ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدني ، بالتقنين الإدارى ، ولا بد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه ، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل الماؤل الذى تمنحه استغلال مرفق عام . والمشروع لا يتعرض بداهة إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التي يقررها في هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التي بدت في القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان ، عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود في التقنين الحالى (القديم) ، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها . كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التي يمكن أن تنسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثير من التطور في المستقبل

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

القريب . وقد استند المشروع في تقريره للأحكام التي أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة ، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعمالته ، وإلى أن من المجمع عليه الآن في القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هي ملزمة للعمالء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية في أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٩٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦) ، ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى مالها من طبيعة اللائحة الإدارية . والأحكام التي أوردها المشروع في هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها . وهي تكسب المبادئ العامة في التقنين المدنى شيئا من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة في التقنين المدنى ، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل فهو يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال في بداية عهده في مصر والأساس القانونى العام في التقنين المدنى^(١) .

ولما عرضت النصوص المتعلقة بالالتزام المرافق العامة على لجنة مجلس الشيوخ ، تقدم للجنة اقتراح بحذف هذا الموضوع « لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ، ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ، ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المشروع تعرض بجانب محدود من صلة المتفعين الملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (انظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصاً دون غيره بالنظر في المنازعات الخاصة بالتزامات

المرافق العامة ، وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائماً وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى ، وإنما هى تضع نظاماً سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلاً لاختلاف الرأى والتقدير» (٢) .

ولما كان العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل يتصل اتصالاً وثيقاً ، كما تقدمنا ، بفكرة المرفق العام وإدارته عن طريق الالتزام ، لذلك نعقد مبحثاً تمهيدياً يتناول فى عرض سريع هذه المسألة إذ هى من مباحث القانون الإدارى كما سبق القول ، ثم نعقد مبحثاً آخر نعرض فيه للعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل .

المبحث الأول

المرفق العام وطرق إدارته — عقد التزام المرفق العام

§ ١ — المرفق العام

١٥٢ — **المرفق العام وخصائصه** : المرفق العام مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظيمه وتشرف على إدارته ، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام . مثل ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، ومثل ذلك أيضاً مرافق المياه والنور والغاز والمواصلات والتموين والرى . وللمرفق العام خصائص ثلاث :

أولاً — يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة . فإن لم يكن ذا نفع عام ، وإنما كان لمصلحة خاصة ، فإنه لا يكون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدنياً ، حتى لو إدارته الدولة . وإدارة الدولة لأعمالها الخاصة لا تعتبر إدارة لمرفق عام ، لأن أملاك الدولة الخاصة ليست ذات نفع عام .

ثانياً — يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على

الربح ، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدر في بعض الأحوال ربحاً ، فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوى ، أما الغرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة . فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية ، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم . ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم ، لا جنى ربح تجارى ، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات ، ولو جعلته مجانياً لتحمل نفقاته دافعو الضرائب ، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين . فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تجنى منه ربحاً — كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان — لما كان المشروع مرفقاً عاماً ٥

ثالثاً — يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية . فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً عاماً ولو كان ذا نفع عام ، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح ، كما قدمنا ، فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام . والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرع عنها من مؤسسات عامة^(١) ، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية محلية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى .

١٥٣ — أقسام المرافق العامة : يمكن تقسيم المرافق العامة تقسيمين

مختلفين :

(التقسيم الأول) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية وبلدية . فالمرافق القومية مرافق تؤدي الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين . فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية ، كل هذه مرافق

(١) انظر فى أن صفة المرفق العام تثبت للنشاط المصرفى وعمليات التأمين بعد تأمين البنوك وشركات التأمين بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، وكذلك تثبت هذه الصفة للنقل البحرى بعد أن خرج رأس المال الخاص من هذا القطاع بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ ، وذلك برغم إسناد أوجه النشاط هذه إلى شركات مساهمة : أكرم أمين الحولى فى مقاله حول تطور تشريعات القطاع العام فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ١٤٧ — ص ١٤٨ .

قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ، ولا يختص بها إقليم دون إقليم . أما المرافق الإقليمية والبلدية فيختص بها إقليم معين أو بلد معين ، وأهم هذه المرافق النور والغاز والكهرباء والماء والمواصلات المحلية من ترام وأوتوبيس وغيرها ، وهذه تكون عادة مرافق إقليمية وبلدية تقوم بها مجالس المحافظات والمدن والقرى .

(التقسيم الثانى) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية بحتة ومرافق اقتصادية . وهذا هو التقسيم الأهم ، وتظهر أهمية هذا التقسيم فى طرق إدارة المرفق ، فالمرافق الاقتصادية تتسع لجميع الطرق التى سيأتى بيانها ، أما المرافق الإدارية البحتة فتدار بطريق الإدارة المباشرة (Régie) .

والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية . وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى ، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحي الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية . وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة ومرفق التعليم : وأكثر ما تكون هذه المرافق مرافق قومية .

أما المرافق الاقتصادية فهى مرافق تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية ، فهى مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهنى والاقتصادى . وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية وبلدية ، كتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية . وبعضها مرافق قومية ، كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . والمرافق الاقتصادية فى تزايد مضطرد وتطور سريع ، وبخاصة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى ، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبحت الدولة تتوغل فى النشاط الاقتصادى على وجه غير معهود . وعزز ذلك فى مصر حركة التأمين ، مذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأمين والانتقال من القطاع الخاص إلى القطاع العام . فقد أتم كثير من الشركات الصناعية والنجارية ، وجميع البنوك وشركات التأمين ، والأدوية الطبية ، والمخابز ، والصحف .

١٥٤ — النظام القانوني للمرافق العامة : وللمرافق العامة نظام قانوني يقوم على المبادئ الآتية ، وهي كلها مبادئ تقتضيها طبيعة المرفق العام^(١) :
 أولاً — يجب أن يكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار . ويكون ذلك بأن يتوافر فيه : (١) الاستمرار (continuité) : (٢) الانتظام (régularité) — (٣) ومسايرة التطور (adaptation à l'évolution) . وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً.
 ثانياً — يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة ، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة ، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر .

ثالثاً — يجب أن يكون المرفق العام في متناول من يحتاج إليه ، فلا يحرم منه لعلو سعره . والمرافق الإدارية البحتة . تكون عادة مجانية فهي في متناول الجميع ، كمرافق الدفاع والأمن ، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية في المستشفيات . أما المرافق الاقتصادية ، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع في صورة رسوم كما سبق القول . وسنرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية ، وتراعى في ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين .

رابعاً — تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها ، ليست هي قواعد القانون المدني بل قواعد القانون الإداري . فتتظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق ، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمي . وتنظم أيضاً الأحوال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالاً خاصة بل أموالاً عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق ، فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية ، ولهذه وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدني . وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمنتفعين بالجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير . وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإداري دون ولاية القضاء العادي .

والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتماً على جميع المرافق ، إدارية كانت أو اقتصادية ، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعي ، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة في القانون الإداري حتى لو لم يوجد هذا النص . أما المبدأ الرابع فيسرى بصفة حتمية على المرافق الإدارية . أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول ، ودخل في نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التي كانت قبلاً محصورة في نطاق القطاع الخاص ، فوجب في بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري لأنها أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط في بعض هذه المرافق .

§ ٢ - طرق إدارة المرفق العام

١٥٥ - طرق خمس: يسلك الشخص الإداري الذي أنشأ المرفق العام، سواء كان هذا الشخص الإداري هو الدولة فيكون المرفق قومياً أو كان شخصاً إدارياً محلياً فيكون المرفق إقليمياً أو بلدياً ، إحدى طرق خمس لاستغلال هذا المرفق وإدارته . وتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالي للمرفق تدرجاً ملحوظاً . فأقصى درجة لتحمل هذه التبعات ، بحيث يتحمل الشخص الإداري كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح ، هي طريقة الإدارة المباشرة أو الريجي (régie) . وبمثالها في تحمل التبعات المالية طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة (établissement public) ، فالمؤسسة العامة التي تدير المرفق تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ويلى ذلك الإدارة بطريق الريجي غير المباشر (régie intéressée) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق وإدارته في مقابل عوض معلوم ، وتبقى الإدارة هي التي تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . وتأتى بعد ذلك طريقة الاستغلال المختلط (économique mixte) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم ، وترك بقية الأسهم يكتب بها الأفراد أو الشركات الخاصة . وهذه الشركة المختلطة تاتى تساهم فيها السلطة الإدارية هي التي تقوم باستغلال المرفق وإدارته ، بحيث تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . فتكون السلطة الإدارية ، عن طريق مساهمتها في الشركة المختلطة ، قد ساهمت في الخسارة وفي الربح ، دون أن

تتحمل الخسارة كلها أو تستأثر بالربح كله . وتأتي أخيراً طريقة الإدارة بمنح التزام المرفق العام (concession de service public) لفرد أو شركة ، فيقوم الملتزم باستغلال المرفق وإدارته طبقاً لشروط معينة تضعها السلطة الإدارية ، ويستأثر وحده بكل الربح كما يتحمل وحده كل الخسارة .

فهذه طرق خمس - الإدارة المباشرة أو الريجي والإدارة عن طريق المؤسسات العامة والإدارة بطريقة الريجي غير المباشر والإدارة بطريقة الاستغلال المختلط والإدارة بطريقة الالتزام - تتدرج تدرجاً ملحوظاً كما رأينا . ففي الطرق الثلاث الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة وتستأثر بكل الربح على تفاوت في درجة اتصال هذه السلطة بإدارة المرفق ، وفي الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية في الخسارة وفي الربح ، وفي الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تجني ربحاً^(١) .

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين في هذا الموضوع . فكانت المادة ٩٠٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ - تنقسم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، من حيث النظام المقرر لإدارتها ، إلى أنواع ثلاثة : (٦) مرافق يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . (ب) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . (ج) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل في إدارتها . ٢ - وتسرى على هذا النوع الأخير من المقاولات فيما يخص العلاقة ما بين المقاول وعماله ، القواعد التي تسرى على النوع الأول منها . ٣ - أما النوع الثاني من هذه المقاولات ، فلا يجوز للأفراد استغلاله إلا بمقتضى عقد التزام . ٤ - ولا تختلف الروابط التعاقدية التي تنشأ بين مقاول المرفق العام وعماله ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » . وكانت المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « في المرافق الحرة ، تظل العلاقة ما بين المقاول وعماله خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالعقود » . وقد حذف النصان في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ - ص ٧٤ في الهامش) .

ويبدو أنه يجب استبعاد المرافق التي يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، وكذلك المرافق التي تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل في إدارتها ، من نطاق المرافق العامة ، فقد قدمنا أن المرفق العام يجب أن تديره السلطة الإدارية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (انظر آنفاً فقرة ١٥٢) . ومثل هذه المرافق التي لا تعتبر مرافق عامة الفنادق والمطاعم والمقاهي والأندية العامة ودور التمثيل والسينما والملاهي والطباعة والنشر والصحافة (قبل أن تؤمم) .

فيبقى إذن النوع الثاني الوارد في المادة ٩٠٤ سالف الذكر ، وهو المرافق التي تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . وهذا النوع الثاني يجوز للسلطة الإدارية إدارته بطريق مباشر أى بطريق الريجي ، كما يجوز أن يكون استغلاله بموجب عقد التزام (concession) . ولم يذكر النص الطرق الأخرى لإدارة المرفق العام ، وهي المؤسسات العامة والريجي غير المباشر والاستغلال المختلط .

١٥٦ — الطريقة الأولى — الإدارة المباشرة أو الريجي (régie) : تقوم

السلطة الإدارية في هذه الطريقة بإدارة المرفق العام مباشرة بعمالها وأموالها ، ويعتبر العمال موظفين عامين والأموال أموالاً عامة . ويتبع في تمويل المرفق العام القواعد المالية العامة المقررة في ميزانية الدولة أو ميزانية الشخص الإداري المحلي من مجلس محافظة أو مجلس مدينة أو مجلس قرية . وبذلك تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة التي عسى أن تنجم عن استغلال المرفق ، كما تستأثر بكل الربح إن كان هناك ربح .

وطريقة الإدارة هي التي تتبع في المرافق الإدارية البحتة كمرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة . وبعضها ، كمرافق الدفاع والأمن ، يؤدي خدماته للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب . والبعض الآخر يؤدي خدماته للمتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور ، وذلك كمرافق العدالة ومرافق التعليم ، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون في مقابل رسم معين يؤديه المتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق . وتتبع طريقة الإدارة المباشرة في بعض المرافق الاقتصادية مما تقضى طبيعته أن يدار بهذه الطريقة ، وذلك كمرافق البريد والبرق والتلفون والراديو والتلفزيون . وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة في بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهي مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور ، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحري والنقل الجوي ، أو لغرض التيسير على الجمهور والعمل على راحته ، وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز . وعميل المرفق العام الذي يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم المرفق العام عندما يدار المرفق بطريق الالتزام^(١) . وسنبين تفصيلاً فيما يلي أحكام التعاقد بين العميل وملتزم المرفق العام .

(١) وتقول المادة ٩٠٤/٤ من المشروع التمهيدى ، وهي التي تقرر حذفها في لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ١٥٥ في الهامش) ، في هذا المعنى ما يأتي : « ولا تختلف الروابط التعاقدية التي تنشأ بين مرفق العام وعماله ، إذا كان هذا المرفق هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المرفق شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » .

١٥٧ — الطريقة الثانية — الإدارة عن طريق المؤسسات العامة

(établissements publics) : والمرفق العام الذي يدار عن طريق مؤسسة عامة هو في الواقع من الأمر مرفق يدار إدارة مباشرة بواسطة السلطة الإدارية — أى الريجي — ولكن السلطة القائمة على إدارة المرفق تمنح شخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو عن الشخص الإداري المحلي ، فتسمى لذلك مؤسسة عامة . ومن ثم تكون لها ذمة مالية مستقلة ، ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإداري الذي تتبعه ومصروفاته ، وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطيا لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإداري ، ويكون لها الحق في قبول الهبات والوصايا والتبرعات ، وتخاصم وتخاصم باسمها في القضاء ، ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفي الشخص الإداري الذي تتبعه المؤسسة . وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرفق العام تديره هيئة متخصصة لإدارته ، مستقلة في شخصيتها فتحمل مسؤولية أكبر ، وتتمكن من السير في أعمالها إذا كانت تدير مرفقا اقتصاديا وفقاً للنظم المتبعة في إدارة المشروعات الحرة . والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله ، وتحمل جميع خسائره كما تستأثر بكل أرباحه . ومن أمثلة المؤسسات العامة الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات الموثمة : وتبسط عادة السلطة الإدارية التي تتبعها المؤسسة الرقابة عليها في صور مختلفة ، يبينها نظام المؤسسة .

وعميل المرفق العام الذي يدار بطريق المؤسسة العامة هو ، في روابطه التعاقدية مع المؤسسة ، في حكم عميل المرفق العام الذي يدار بطريق الالتزام .

١٥٨ — الطريقة الثالثة — الإدارة بطريقة الريجي غير المباشر

(régie intéressée) : في هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة في إدارة المرفق العام واستغلاله ، على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر . أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافي الأرباح أو من رأس المال ، أو مقابلاً على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود

القانون الإدارى ، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق .

وهذه الطريقة تماثل طريقة الإدارة المباشرة بطريق الربحى من حيث إن السلطة الإدارية فى كل من الطريقتين هى التى تستقل بتبعات المرفق المالية ، فتتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ولكنها من جهة أخرى تخالف طريقة الربحى وتماثل طريقة الالتزام من حيث إن مدير المرفق شخص خاص كالملتزم لا موظف عام . وقد لجأت بعض البلديات فى أوروبا إلى هذه الطريقة ، ولكنها لم تسفر عن نجاح يساعد على انتشارها .

وعمل المرفق العام فى هذه الطريقة فى حكم عمل المرفق العام الذى يدار بطريقة الربحى أو بطريقة المؤسسات العامة أو بطريقة الالتزام .

١٥٩ — الطريقة الرابعة — الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط

(économie mixte) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى شركة ، تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال ، فى إدارة المرفق واستغلاله . وبذلك لا تستقل السلطة الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكنها تساهم فى هذه التبعات ، فتشارك فى الخسائر وفى الأرباح بنسبة مساهمتها فى رأس مال الشركة . كذلك تشترك السلطة الإدارية فى إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها فى الشركة ، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة . وهذه الطريقة تفضل ، فى إدارة المرافق الاقتصادية ، طريقة الربحى وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام التى سيأتى بيانها فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال ، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً . وتفضل أخيراً طريقة الربحى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر ، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح . واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحربية ، وفى إنجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء ، وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى .

وفي البنك الصناعي وفي الشركات المؤتممة نصف تأميم والشركات التي أتمت أسهمها بالنسبة إلى حاملي ما تزيد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم .
والشركة المختلطة (société mixte) تخضع لأحكام القانون التجاري فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التي تتبعها في إدارة المرفق واستغلاله .
ولما كانت السلطة الإدارية تساهم في رأس مالها ، فإنه يكون لها في مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها في رأس المال . ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية ، بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته .

وعميل المرفق العام في طريقة الشركة المختلطة هو في حكم عميل المرفق العام في الطرق الأخرى : الريجي والمؤسسات العامة والريجي غير المباشر والالتزام .

١٦٠ — الطريقة الخامسة — الإدارة بطريقة الالتزام (concession de service public) : وهذه هي الطريقة التي تعيننا ، فإن التقنين المدني عرض لها بالذات ونظم علاقة عميل المرفق العام بالملتزم . ولكننا رأينا أن عميل المرفق العام ، أيا كانت الطريقة التي يدار بها المرفق ، تسرى عليه أحكام واحدة هي الأحكام التي تسرى على عميل المرفق العام الذي يدار بطريق الالتزام ، وسيأتي بيان هذه الأحكام .

وفي هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية في إدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم ، يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية ، فيستأثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر . وإنما تحدد السلطة الإدارية ، في عقد التزام المرفق العام وما يلحق به من وثائق ، الشروط التي يدار بها المرفق وطرق الإشراف على الإدارة والإجراءات التي تتبع في ذلك ، كما تبين الحقوق والواجبات التي تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو عملاء المرفق العام .

والملتزم ، فرداً كان أو شركة ، لا يعتبر موظفاً عاماً ، وإنما هو من أشخاص القانون الخاص ، وهو تاجر يبغي الربح من وراء الالتزام . ولكنه في الوقت ذاته يدير مرفقاً عاماً يجب أن يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، ويجب أن يكفل لجمهور المستفيدين المرفق بأسعاراً معقولة . فعقد الالتزام

المرفق العام الذى تبرمه السلطة الإدارية مع الملتزم يواجه هذين الاعتبارين المتعارضين ، مصلحة المنتفعين بالمرفق ومصلحة الملتزم ، ويوفق بينهما ما أمكن التوفيق ، فإن استعصى علت مصلحة المنتفعين بالمرفق وهى مصلحة عامة على مصلحة الملتزم وهى مصلحة خاصة . وتنتقل الآن إلى الكلام فى هذا العقد (١) .

§ ٣ - عقد التزام المرفق العام

١٦١ - نص قانونى : تنص المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن (٢) » .

(١) وسواء أدير المرفق العام بطريق الالتزام أو بطريق الاستغلال المختلط ، فإنه يبقى مرفقاً عاماً ، ويجب التمييز بينه وبين المشروع الخاص الوجه أو الخاضع لرقابة الإدارة (entreprise privée contrôlée) : انظر فى هذا التمييز بونار ص ٥٤٧ - ص ٥٤٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - التزام المرافق العامة عقد إدارى ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين ، ٢ - ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلاً جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد . وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « والروابط التعاقدية التى تنشأ بين ملتزم المرفق العام وعملائه إذا كان هذا الملتزم هو إحدى الجهات الحكومية لا تختلف عما ينشأ من الروابط إذا كان استغلال المرفق قد أعطى بلجهة غير حكومية » . وأصبح رقم المادة ٦٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٦ . وفى لجنة الشيوخ تسام أحد الأعضاء عما إذا كان استغلال حقول البترول والمناجم يعتبر من المرافق العامة فى تطبيق هذه المواد ، خاصة وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة فى مذكرته التفسيرية قد أخرج المشروعات الاقتصادية والتجارية من نطاق تطبيق أحكامه . فأجيب بأن المادة ١٣٧ من الدستور تنص على أن كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وما يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام هو الالتزام الذى يكون موضوعه مصلحة الجمهور ، ولذلك فإن استغلال حقول البترول والمناجم لا يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام (service public) بل هو استغلال مورد من موارد الثروة . ويلاحظ =

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري م ٦٣٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٧ - وفي التقنين المدني
العراقي م ٨٩١ - ولما مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

١٦٢ - عناصر عقد التزام المرفق العام : ويتبين من النص سالف
الذكر أن عقد التزام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود ، ويمكن
حصرها في ثلاثة :

(العنصر الأول) أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة
المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما تقول

= أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة
أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة
إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون
المدني . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concessionnaire) والمتفعين (users) كما هو الحال
مثلاً في علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدني ، ولم تكن منظمة
بالتقنين الحالي (القديم) فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف
في تكييف هذه العلاقة . أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، فقد
نظم العلاقة الأولى وهي العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم ، فأحكامه تعتبر
 فرعاً من القانون الإداري لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة ، ولذلك لا شأن لأحكامه
بالقانون المدني . وبعد هذا الإيضاح وافقت اللجنة على الفقرة الأولى من المادة ، وحذفت الفقرة
الثانية اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بحكمها . وقد صارت المادة بعد حذف الفقرة
الثانية مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٦٦٨ . ووافق عليها مجلس
الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٧١ - ص ٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩١ : ١ - التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام

دى صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق
مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون . ٢ - والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف
سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة .

المادة ٦٦٨ فيما رأينا . فالمتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التي أنشأت المرفق العام وقامت بتنظيمه . وتكون هذه الجهة هي الدولة ، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية : المحافظة أو المدينة أو القرية . والمتعاقد الآخر يكون في الغالب شركة وقد يكون فرداً ، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقدته على إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أى موظفاً عاماً ، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص^(١) كما سبق القول .

(العنصر الثاني) أن يكون محل العقد إدارة مرفق العام واستغلاله . ويجب أن يكون هذا المرفق ، كما يقول النص فيما رأينا ، « ذا صفة اقتصادية » (م ٦٦٨ مدني) ، فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية ، لامن المرافق الإدارية البحتة . وأكثر ما يمنح الالتزام في مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها . أما المرافق الإدارية البحتة ، كالل دفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، فقد قدمنا أنها لا تدار بطريق الالتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريق الريجي . وإذا أفسح مجال للنشاط الفردي الحر في بعض هذه المرافق ، كما في التعليم للمدارس الحرة وكما في الصحة للمستشفيات الخاصة ، فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أول للصحة يدار بطريق الالتزام ، فإن الدولة هي التي تديره في الأصل ، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردي . وقد تنظم الدولة هذا النشاط الفردي تنظيمًا محكمًا تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم ، كما هي الحال في تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك .

(العنصر الثالث) أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة ، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدني فيما رأينا « فترة معينة من الزمن » . فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً ، أو لمدة غير معينة ، أو لمدة معينة بالغة في الطول . بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور

(١) وهو الذي يمثل المرفق العام مادام الالتزام قائماً ، فإذا سقط الالتزام أصبحت جهة الإدارة هي دون الملتزم التي تمثل المرفق (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦) .

الظروف ، وفي الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضى من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذى استثمره . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، الصادر فى ٢١ يوليه سنة ١٩٤٧^(١) ، حداً أقصى لهذه المدة هو ثلاثون سنة ، فنصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة »^(٢). ونصت المادة ٨ من

(١) وقد صدر هذا القانون قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، وجاء فى مذكرته الإيضاحية ما يأتى : « كان عقد التزام المرافق العامة - ولو أنه من العقود الإدارية - معتبراً فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً ، وكان لكل الشروط الواردة فيه صيغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين . فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شؤون القانون الإدارى ، وأصبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدأ الملتزم معاوناً للإدارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة . ولقد وضع مجلس الدولة عدة قواعد فى شأن علاقات مانح الالتزام والملتزم ، وأخص تلك القواعد ما قرر سلطة الإدارة فى تنظيم المرافق العامة والإشراف على سيرها ، وعلى وجه الخصوص حقها فى وضع قوائم أسعار المرافق العامة وضرورة الاستمرار فى المرفق العام ولو اقتضى ذلك تدخل مانح الالتزام ووجوب المحافظة على التوازن المالى للالتزام . ويرمى القانون إلى بيان القواعد الأساسية التى يجب أن تراعى فى منح التزامات المرافق العامة فى مصر ، وهى تتعلق بشروط الحد الأقصى لمدة الالتزام ، وبإعادة النظر فى قوائم الأسعار بعد كل فترة زمنية ، وتحديد أرباح الملتزم . والأخذ بهذه القواعد يكفل تحقيق الوحدة والتشابه فى نظام الالتزامات ، إذ سوف لا يكون سبيل للخروج على أية قاعدة منها إلا بحكم تشريعى خاص » .

(٢) وكان الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة . ومع ذلك جرى العمل فى الماضى مع منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة ، مما يتعارض مع روح الدستور . فأتى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يعين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى هذا الصدد : « لاشك فى أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية ، أن تمنح التزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه إذا حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً ، كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء ، فلم يكن إذن حاجة إلى أن يعدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا فى حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة فى الزيادة » .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، رجعت إدارة المرفق العام للإدارة كما هو الأصل ، ولا تعتبر الإدارة فى هذه الحالة خلفاً للملتزم ، ومن ثم لا تلتزم بما ترتب من ديون فى ذمته بسبب إدارة المرفق . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة ، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام عن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم فلا تلتزم بما علق من ديون أو التزامات فى ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦) .

تنفس القانون على أن « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة ، مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون »^(١) .

فإذا توافرت هذه العناصر الثلاثة ، كان هناك عقد التزام للمرفق العام . وهذا العقد ينشئ حقوقاً للملتزم ، ويرتب عليه واجبات . ويصرح المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٨ مدنى بأن عقد الالتزام المرفق العام هو « عقد إدارى »^(٢) . فهذه مسائل ثلاث - حقوق الملتزم وواجباته والتكييف القانونى لعقد الالتزام - تبحثها على التعاقب .

١٦٣ - حقوق الملتزم : والحقوق التى ينشئها عقد الالتزام للملتزم يمكن حصرها فى أربعة :

أولاً - الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز . ويغلب أن يمنح عقد الالتزام للملتزم حق الانفراد باستغلال المرفق العام ، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق ، وهذا هو الاحتكار القانونى (moropole) . ويكون ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تحتل المنافسة ، إذ يكون

كذلك إذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها ، فإنها لا تلتزم بشئ من الديون ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها ، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلًا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له . وإسقاط الالتزام يضع حداً فاصلاً بين الحراسة الإدارية التى كانت مفروضة على الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق ، ومن ثم تزول صفة الحارس الإدارى فى تمثيل الملتزم (نقض مدنى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٤ ص ٩٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) .

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة : « الأحكام الواردة فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل لونها على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تملو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين . فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه . وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ - ص ٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠

تق الملش .

فيها ضياع للأموال والجهود . مثل ذلك مرفق السكة الحديدية في منطقة معينة . لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد ، وإلا كانت الجهود والأموال التي تبذل في إدارة المرفق مضاعفة في غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة . وكذلك الأمر في مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك . وقد لا يمنح الملتزم حق الاحتكار القانوني ، بل يمنح حق امتياز (privilege) . ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق ، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بالألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك^(١) . فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكراً فعلياً ، بحكم ألا أحد يقوى على منافسته . ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكراً قانونياً أو احتكراً فعلياً على الوجه الذي قدمناه . ولكن يقع في بعض الأحيان أن تفعل ذلك ، كما في مرفق المواصلات حين تمنح السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط الترام الكهربائية للملتزم والتزام تسيير خطوط الأوتوبيس للملتزم آخر ، ولكن وسائل المواصلات هنا كما نرى مختلفة^(٢) .

ثانياً — تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله . فتمنحه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة ، وتسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التي يلزم استعمالها لإدارة المرفق ، وتخوله سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو حق نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات . وقد يكون من الضروري ، في بعض المرافق العامة التي يقتضي استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة مالية في صور مختلفة . فقد تمنحه إعانات دورية ، أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ربح المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لا تنزل عنه وفي هذه الحالة يغلب أن تشارك الإدارة الملتزم فيما يزيد على هذا الربح المعين^(٣) .

(١) قالين ص ٣٥٧ .

(٢) وفي مقابل احتكار الملتزم للمرفق احتكراً قانونياً أو فعلياً ، يغلب ألا يكون له عمل آخر غير إدارة المرفق واستغلاله (انظر في هذه المسألة رولان فقرة ١٥١ ص ١٢١) .

(٣) انظر في ذلك قالين ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ — محمد قواد مهنا ص ١٦١ .

ثالثاً - تقاضى رسوم من المتفعين بالمرفق ، أى العملاء المستهلكين ، مقابل انتفاعهم . وهذا المقابل لا يعتبر أجرة (loyer) تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل هو رسم (taxe) تسرى عليه أحكام القانون الإدارى : ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرفق العامة ، « ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » (م ٦٧١/مدنى) . وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالرفع أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة^(١) ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد : « ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتمديدها.. » ، وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة : « لمنح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلتاء نفسه . . قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل » . والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستهلك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته ، مع ضمان ربح معقول يجنيه . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حداً أقصى لهذا الربح المعقول ، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولاً فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة من رأس المال : ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، حسبما يرى مانح الالتزام^(٢) » .

(١) رولان فقرة ١٥٢ - يونار ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزء الملتزم ، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات =

رابعاً - الحق في التوازن المالي للمرفق (équilibre financier de service) والأصل أن التزام المرفق العام لا يخلو من المخاطرة ، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة . والمفروض في كل ذلك أنه يبذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق واستغلاله . فإذا ارتكب خطأ جشمة خسارة ، وجب عليه أن يتحملها وحده مهما كانت فادحة ، فإنه هو الذي بخطأه تسبب فيها . وإذا نزل عن عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ، فنجم عن تقصيره في الإدارة أن تكبد خسارة ، وجب عليه هنا أيضاً أن يتحملها وحده . أما إذا لم يرتكب خطأ ، وبذل في الإدارة عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مع ذلك معرضاً لخسارة مألوفة يقابلها ربح محتمل . وإلى هنا لم يخل التوازن المالي للمرفق . وإنما يخل هذا التوازن في إحدى حالتين : (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم في إدارته للمرفق عملاً للسلطة الإدارية تقلب به الميزان المالي للمرفق ، كأن تحدث تعديلات جوهرية في نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً ، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم . فهنا يخل التوازن المالي للمرفق ، وللملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن ، لأن هذه السلطة هي التي بفعالها أخلت به . (والحالة الثانية) التي ينشأ فيها للملتزم الحق في التوازن المالي للمرفق هي ظروف طارئة ، لم تكن في الحسبان ، لا تنسب لا إلى مانع الالتزام ولا إلى الملتزم ، وتجعل استغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يهدده بخسارة فادحة . وهذه هي نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإداري كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدني . وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق في إعادة التوازن المالي للمرفق ، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى

= حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل في أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبراً وقدرأ . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز نواز ، فإن له غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة . ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقرها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التي تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها ، والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة . وأخيراً فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجني من استغلالها أرباحاً باهظة ، يقع ضررها على الأخص على المتفعين بها . »

لا يتحمل وحده كل الخسارة التي نجمت عن هذه الظروف الطارئة^(١). وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم يجني أرباحاً فاحشة، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشروطها، فنصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا بد للمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز للمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول»^(٢).

١٦٤ - واجبات الملتزم: كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من

(١) انظر قالين ص ٣٦٣ - ص ٣٦٦ - رولان فقرة ١٥٥ - بونار ص ٥٦٧ - ص ٥٧٧ - محمد فؤاد مهنا ص ١٦٢ - ص ١٦٥.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد: «عدا التعديلات التي تفرضها إرادة مانح الالتزام وتكون ما يمكن أن يسمى «الخطر الإداري»، توجد تعديلات أخرى خارجة عن إرادة مانح الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى «بالخطر الاقتصادي». وهو إذا أصبح غير عادي بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، فإنه يجب في هذه الحالة إعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة بوثيقة الالتزام ليتيسر استمرار السير المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام. فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التي نبتت من الصعوبات التي لقيها ملتزمو المرافق العامة إبان الحرب العظمى الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم. وعلى مبدأ التوازن المالي الذي لاحظ الطرفان وقت التعاقد وجوب استمراره طوال مدة الالتزام، بني الواجب الذي فرض على مانح الالتزام بأن يوفر للملتزم في الحالات التي يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا شأن لها بعقد الالتزام، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة. فن المعقول. إذن، إذا اختل التوازن المالي لمصلحة الملتزم، أي إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له بسببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة في الالتزام للتزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التي اقتضت إنشاؤه».

المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يكون هذا العقد الإدارى (عقد التزام المرفق العام) هو المهيمن على ما يبرمه المفاوض مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة^(١) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة »^(٢) . والنص المحذوف ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن العمل به بالرغم من حذفه . فعقد الالتزام إذن يوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها المرفق إلى العملاء . وفى بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته واستغلاله . فيترتب إذن فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان :

أولاً- القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق ، إذ كثيراً ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فمرافق النور والماء والغاز تحتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض ، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء ، وما إلى ذلك . ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد قضبان حديدية ، وإنشاء محطات ، ونحو ذلك . وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام ضاحية مصر الحديدية إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنور والماء ، ومد ترام المترو لتوصيل الضاحية بوسط مدينة القاهرة . كذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام تقنال السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر القنال وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها . فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم ، وقل أن تعتمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرفق للملتزم^(٣) . والغالب أن الذى يدفع السلطة الإدارية إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٤ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٣) وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة ، ويحضر الأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق ، يكون كل هذا ملكاً خاصاً لا ملكاً عاماً . وككل ملك خاص يكون قابلاً للحجز عليه ولغير الحجز من إجراءات التنفيذ . ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ يضيف مادة جديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى : « لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة » .

الالتزام لطريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة في المنشآت اللازمة لتسييره ، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويسترها في المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق . ومتابعة التطور التاريخي لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدأ أولاً يكون التزاماً بأشغال عامة (concession de travaux publics) هي هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق ، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلاً . ذلك أن استغلال المرفق — ويستتبع ذلك إدارته — كان يعتبر هو المقابل الذي يأخذه الملتزم في نظير تنفيذ الأشغال العامة التي يتطلبها إنشاء المرفق . ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلاً عنه ، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة ، كما رأينا ، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام ، بعد أن كان متبوعاً^(١) .

ثانياً — القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب في ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور على الوجه الذى سنبينه عند الكلام في العقد بين الملتزم والعميل . وسنرى كذلك أن على الملتزم أن يتقيد بالأسعار التي وضعتها السلطة العامة بما يالحقها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة ، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحداً منهم على الآخرين . وسواء منح الملتزم الالتزام مساومة أو عن طريق مناقصة عامة ، فإنه في الحالتين قد اختير الاعتبار شخصية فيه ، فلا يجوز أن ينزل عن الالتزام إلى غيره دون موافقة مانح الالتزام ، فإذا نزل عن الالتزام دون موافقته كان النزول باطلاً وجاز لمنح الالتزام إسقاطه عن الملتزم الأصلي ذاته^(٢) .

وينحصر الملتزم ، في القيام بإدارة المرفق واستغلاله ، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه . وهذه الرقابة تتحتم ، سواء نص عليها عقد الالتزام أو لم ينص .

(١) انظر في هذه المسألة ديجيه سنة ١٩٢٥ الجزء الخامس ص ٥٧٠ — بونلر ص ٤٦٧ —

توفيق شحاته ص ٣٠ — ص ٣٢ .

(٢) جيز ٤ ص ١٩٣ وما بعدها — توفيق شحاته ص ٨٤ — ص ٨٦ — استئناف مختلف

١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٤ .

ذلك أن المرفق العام يجب أن يدار طبقاً للشروط المبينة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط (cahier des charges)، وفي الوقت ذاته طبقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين (م ٦٦٩ مدني وسيأتي ذكرها). وهذه خاصية جوهرية من خواص المرفق العام. فلا بد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كامليْن على إدارة المرفق. وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التي تتبع لتحقيق كل ذلك. ولكن، حتى لو كان عقد الالتزام ساكتاً عن هذا، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة، فإنه يتحتم كما قدمنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام، حتى تحمي مصالح الجمهور، وحتى تحمي مصالحها بالذات فهي قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق، فلا بد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تتجاوز الحدود الواجبة. وتتعدد الرقابة التي تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم في إدارته، فهي رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية. ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات يبينها عقد الالتزام، فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري. فلما منح الالتزام أن يعين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات. كذلك يكون لمناح الالتزام الحق في أن يعهد إلى أية هيئة عامة، أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. وكما تكون الرقابة بعد تنفيذ أعمال الإدارة التي يقوم بها الملتزم، كذلك تكون قبل تنفيذها حتى تكون رقابة فعالة مانعة. وقد تصل الرقابة إلى حد النص في عقد الالتزام على أن يكون لمناح الالتزام الحق في تعيين المدير الفني للمرفق أو في الموافقة على تعيينه، أو في تعيين بعض من أعضاء مجلس الإدارة. ولا حدود للرقابة التي يبسطها منح الالتزام على إدارة الملتزم، إلا في ألا تكون هذه الرقابة سبباً لخروج المرفق عن الأغراض التي خصص لها، وأن تستعمل في حدود القوانين والنظم والإجراءات المرسومة، وألا تنقلب إلى تدخل

مباشر في إدارة المرفق حتى لا تتحول من إدارة بطريق الالتزام إلى إدارة مباشرة بطريق الريجي^(١) .

وقد أفاض القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة في رسم مدى الرقابة التي يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم ، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتي : « ١ - لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية . ٢ - وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ - ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . ٤ - كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . ٥ - وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . ٦ - وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت »^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٢٧٧ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٧٠ ص ٤٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٢ ص ١٩٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٣١٧ - مصر المختلطة مستعجل ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٩ - الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ - چیز ٤ ص ٣٣١ و ص ٣٣٦ - توفيق شحاته ص ٩١ - ص ٩٨ . (٢) وكانت المادة ٧ الأصلية من قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تجرى على الوجه الآتي : « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره ، كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية . وله في هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات ، أو أن =

١٦٥ — التكييف القانوني لعقد الالتزام : كان الرأي السائد طوال القرن التاسع عشر في فرنسا وفي مصر أن عقد الالتزام هو عقد مدنى (contrat civil) يخضع للقواعد المدنية المقررة في العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدنى) . والشروط التى لا يجوز نقضها ولا تعديلها هى الشروط الواردة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges) الملحق به . ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التى يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التى تكفل مصالح هؤلاء العملاء ، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم فى إدارة المرفق واستغلاله . لذلك حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلل كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ، ويكسبون منه حقاً على الوجه المتقدم الذكر . وقد فسرت ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير ، فتكون السلطة الإدارية هى المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم ، وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة فى الاشتراط لمصلحة الغير . وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر ، وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة . وما لبثت عيوب هذه النظرية أن تبدت ، وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم . فهى تولى الملتزم

= يفحص حساباته فى أى وقت » . ثم صدر القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ يعدل النص على الوجه الآتى : « ١ - لمناخ الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية . ٢ - وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشأ الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمناخ الالتزام . ٣ - وعلى الملتزم أن يقدم هؤلاء المندوبين ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، دون الإخلال بحق مناخ الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت » . ثم صدر أخيراً القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ يعدل النص على الوجه المبين بالمتن .

حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض سلطانها ، دون حاجة إلى رضا الملتزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى تقتضيه المصلحة العامة .

ومن ثم نشأت نظرية أخرى ، انتشرت بوجه خاص فى ألمانيا وإيطاليا ، تذهب إلى أن عقد الالتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب واحد هو جانب السلطة الإدارية ، فهى التى وضعت شروط الالتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار ، ولم يفعل الملتزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية . وترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدارية تستطيع بمحض سلطانها أن تعدل من شروط الالتزام ونظم المرفق والأسعار المقررة ، إذ أن هذا كله هى التى وضعت بإرادتها المنفردة ، فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضا الملتزم . وعيب هذه النظرية أنها تغفل بتاتا إرادة الملتزم ، مع أن هذه الإرادة تلعب دوراً أساسياً فى تكوين عقد الالتزام ولولاها لما تكون هذا العقد . ثم إنها تطلق يد الإدارة فى عقد الالتزام بجميع مشتملاته ، حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التى يكسبها الملتزم من هذا العقد ، فتستطيع الإدارة بسلطانها المطلق أن تعدل فى هذه الحقوق وأن تنتقص منها كما تشاء دون أن يكون للملتزم رأى فى ذلك . وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلتها عن أن تعدل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق ، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطانها فى تعديل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بالحقوق الشخصية للملتزم .

وقد نبذ فى الوقت الحاضر كل من النظريتين . وقامت نظرية حديثة — قال بها ديجيه وجيزو قالين من كبار رجال الفقه الإدارى فى فرنسا — تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقداً مدنياً ، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد ، بل هو عقد إدارى (contrat administratif) . فعقد الالتزام إذن ، بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين لإرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم ، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة . وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى

المصرى أن يأخذ بها ، ونرى أثر ذلك واضحاً في المشروع التمهيدي لهذا التقنين . فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن « ١ - التزام المرافق العامة عقد إدارى . . . ٢ - ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العقد بأنه « إدارى » دون أن يذكر سبب ذلك (١) . ويغلب أن يكون السبب راجعاً إلى الرغبة فى تجنب اعتناق مذهب فقهى فى النصوص التشريعية ، ولكن سائر النصوص التى تنظم التزام المرافق العامة والعقد الذى يبرمه الملتزم مع عملائه تبين فى وضوح أن عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى ، تستطيع الإدارة بمحض سلطانها تعديل نواحيه التنظيمية (٢) .

١٦٦ - ما يترتب من النتائج على أنه عقد الالتزام هو عقد إدارى : وأهم النتائج التى تترتب على أن عقد الالتزام عقد إدارى ، أوهو كما يقول ديجيه تصرف مركب (acte complexe) فلا تسرى القواعد المدنية فى جميع نواحيه ، أنه يجب التمييز فى هذا العقد بين طائفتين من النصوص : نصوص تعاقدية (clauses contractuelles) ونصوص تنظيمية (clauses réglementaires) (٣)

(١) فالنصوص التعاقدية ، وهذه تخضع لقواعد القانون المدنى فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين ، هى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية (droits et obligations subjectifs) للملتزم . وهذه تتعلق بمدة الالتزام ، وبشروط استرداده (rachat) ، وبالالتزامات المالية المتقابلة المترتبة فى ذمة كل من الملتزم ومانح الالتزام ، كالتزام مانح الالتزام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ - ص ٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً ، بل هو عقد من نوع خاص (sui generis) (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ - رولان فقرة ١٤٩ - بورتار ص ٥٦١ - ص ٥٦٢ .

يُمنح إعانة للملتزم أو بكفالة مقدار معين من الربح ، وكالتزام الملتزم بدفع مبلغ من المال لما منح الالتزام أو بإشراكه في أرباح المرفق بنسبة معينة . ويمكن القول مع ديجيه^(١) إن النصوص التعاقدية هي تلك النصوص التي ما كانت لتوجد لو أن المرفق أدير مباشرة بطريق الريجي ، فهي نصوص اقتضاها قيام ملتزم يدير المرفق وضرورة تنظيم العلاقات الذاتية بينه وبين مانح الالتزام .

(ب) أما النصوص التنظيمية فهذه تتعلق بتنظيم المرفق في ذاته ، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل على آخر ، وتقرير حق السلطة الإدارية في استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أما شروط هذا الاسترداد ومقدار ما تدفعه الإدارة من تعويض للملتزم فهذه كما قدمنا تدخل في النصوص التعاقدية التي لا يمكن نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهذه النصوص التنظيمية هي النصوص التي يجب أن توجد لتنظيم المرفق وإدارته ، سواء تولى الإدارة ملتزم أو تولتها السلطة الإدارية مباشرة بطريق الريجي . فهي قانون المرفق العام ، ومن ثم فهي نصوص تنظيمية لها حكم القانون . تملك السلطة الإدارية بمحض سلطتها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة^(٢) . وهذه الولاية في النقض والتعديل تخلص للسلطة الإدارية باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة التي يحققها المرفق ، إذ المرفق حتى لو أدير بطريق الالتزام لا يزال مرفقاً عاماً ، يجب أن يدار بما يحقق المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها ، ومصدر هذه الولاية هي المبادئ المقررة في القانون الإداري ، سواء وجد نص تشريعي يمنح الإدارة هذه الولاية أو لم يوجد ، وسواء نص في عقد الالتزام على أن يكون للإدارة هذه الولاية أو لم ينص ، بل حتى لو نص في عقد الالتزام ألا يكون للإدارة هذه الولاية فإنها تعبت للإدارة بالرغم من هذا النص . ولا يحد من هذه الولاية إلا قيدان : (أولاً) أن تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، فلا تتعسف في استعمالها ، ولا تستعملها على وجه يخرج المرفق عن الغرض الذي أنشئ من أجله أو يحوله من أن تكون

(١) الجزء الأول ص ٤٢١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٤ .

إدارته بطريق الالتزام إلى أن تكون إدارة مباشرة بطريق الريجي . (ثانيا) أنه إذا نجم عن استعمالها أن اختل التوازن المالي للمرفق ، وجب على السلطة الإدارية أن تعيد هذا التوازن عن طريق تعويض الملتزم عما سببته له من خسارة تعويضاً عادلاً ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

فالسطة الإدارية تملك إذن أن تنفرد بتعديل هذه التجهيزات التنظيمية ، سواء فيما يتعلق بالأسعار أو فيما يتعلق بتنظيم المرفق وإدارته ، ولا تستطيع أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص ، أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد أورد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة كل هذه الأحكام في نصوصه .

ففيما يتعلق بالأسعار ، نصت المادة ٢ من هذا القانون على أن « يكون لمناح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام » . وقد وضع القانون فوق ذلك حداً أقصى لصافي الأرباح التي يجنبها الملتزم من استغلال المرفق العام ، هو عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من منح الالتزام (٢) . وفيما يتعلق بتعديل تنظيم المرفق وطرق إدارته وقواعد استغلاله ، نصت المادة ٥ من القانون على أنه « يجوز لمناح الالتزام دائماً ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل » (٣) . وقد رأينا أن المادة ٦

(١) انظر آناً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) انظر المادة ٣ من القانون آناً فقرة ١٦٢ (ثالثا) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في صدد المادة الخامسة منه : « إن من شأن الأخذ بالقواعد الواردة بالمواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ من القانون في جميع عقود الالتزام أن يجنب وقوع أغلب المنازعات التي تنشأ بين الملتزم ومناح الالتزام ، إذ يصبح ما بينهما من العلاقات خاضعاً لشروط روعي فيها نوع التزام المرفق العام وملابسته للمصلحة العامة . على أنه قد يقع أن تكون هذه القواعد قاصرة عن أن تحقق وحدها التوافق بين المرفق العام والأحوال القائمة في وقت معين ، وأن تكون الإدارة في سبيل المصلحة العامة مضطرة ، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، لتعديل الشروط الأصلية لعقد الالتزام فيما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو بطريق استغلاله أو فيما يتعلق على وجه الخصوص بالأسعار التي تحصل من المتفعين به .. فالمادة الخامسة تقيّد منح الالتزام في هذه الحالة »

من القانون تكفل للملتزم إعادة التوازن المالي للمرفق إذا اختل هذا التوازن^(١)، وفيما يتعلق بحق الإدارة في استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ، نصت المادة ٤ من القانون على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته »^(٢).

المبحث الثاني

العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل

١٦٧ — مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم — الحق في المرفق :

قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملتزم ، يستطيع أن يرفع به دعوى أمام القضاء . ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً في المرفق (le droit au service) فإذا منحت السلطة الإدارية مثلاً التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للترام أو للأوتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط الالتزام فلم ينشئ مثلاً كل الخطوط التي فرضها عليه دفتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه ، أو

= في أن يعدل من تلقاء نفسه الشروط الخاصة بأركان تنظيم المرفق العام أو بسيره ، وذلك بمقتضى سلطانه الإداري ، إذ كان لا يجوز أن تعطل المصلحة العامة بفعل الشروط التعاقدية الواردة في وثيقة الالتزام .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في صدد المادة الرابعة منه : « إنه وإن يكن لمناخ الالتزام في سبيل المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل حق استرداده في أي وقت ، حتى ولو لم يشر إلى هذا الحق في وثيقة الالتزام ، فقد روى من الأفضل تجنباً لكل نزاع في شأن تقدير ذلك التعويض تقرير قاعدة ترمي إلى أن وثيقة الالتزام يجب أن تحدد شروط أوضاع ذلك الاسترداد . وانظر في حق الإدارة في استرداد المرفق العام مع دفع التعويض : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥ — وفي حق الإدارة في الاستيلاء على كل ما هو لازم لإدارة المرفق في مقابل تعويض مع استثناء ما هو ملك خاص للملتزم فهذا لا يجوز الاستيلاء عليه : استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ — وفي وجوب تقدير التعويض بحسب القيمة الحقيقية للأشياء بصرف النظر عن كونها من الناحية الحسابية تعتبر مستهلكة : استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٦١ .

امتنعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك ، فإن له أن يتجه إلى مانح الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الإخلال^(١) . فإذا امتنع مانح الالتزام من إجابته إلى طلبه ، كان له أن يطعن في هذا الامتناع — وهو أمر إداري سلمي — بالإلغاء أمام القضاء الإداري . وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الإخلال ، كأن تعطلت له مصلحة جديدة من إنعدام المواصلات أو من عدم توريد النور أو الماء أو الغاز له ، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملتزم^(٢) .

١٦٨ — مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم — الانتفاع بالرفق —

رابطه تعاقدية مبرنية — نص قانوني : أما بعد أن يتعاقد العميل مع الملتزم ، فإنه يصبح دائناً له بأداء خدمات المرفق العام ، وله أن يطالب مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وهذا هو الحق في الانتفاع بالمرفق (l'usage du service)^(٣) .

وقد اختلف في تكييف العقد بين الملتزم والعميل . فأكثر فقهاء القانون الإداري يذهبون إلى أنه ليس بعقد ، بل هو إرادة منفردة من جانب العميل بموجبها يخضع لمركز منظم (statut) هو المركز الذي ينظمه عقد الالتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته ، وتنظمه الشروط التي تقتضيها طبيعة المرفق ويقتضيها ما ينظم هذا المرفق من القوانين ، وهذه الإرادة المنفردة هي كما يقول ديجيه تصرف شرطي (acte-condition)^(٤) . ولكن بعض فقهاء القانون الإداري^(٥) وفقهاء القانون المدني^(٦) يذهبون إلى أن العقد الذي يبرمه

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) انظر في هذه المسألة فالين ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر في هذا المعنى ديجيه في مركز الأفراد تجاه المرافق العامة مقال في مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ وما بعدها ، ومؤلفه في القانون الدستوري ١ ص ٢٧٣ وما بعدها — هوريو في تعليقه في سيريه ١٩٠٧ — ٣ — ٣٣ — جيز في تعليقه في مجلة القانون العام سنة ١٩٠٨ ص ٤٨ وما بعدها وسنة ١٩١٦ ص ٥٢ وما بعدها وص ٢٤٢ وما بعدها ، ومؤلفه في المبادئ العامة في القانون الإداري ٣ ص ١٣ وما بعدها — بونار ص ٧٧ — ص ٧٨ — توفيق شحاته ص ٢٤٣ — ص ٢٥٣ .

(٥) فالين ص ٣٩٠ — ص ٣٩١ ومقاله في مركز عميل المرفق العام في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٢٥٦ .

(٦) انظر بوجه خاص ديموج في مصادر الالتزام ١ ص ٦٤ وما بعدها و ٢ ص ٨٥٧ وما بعدها وتعليقه في سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٨١ .

العميل مع الملزم هو عقد لإرادة منفردة إذ لا بد فيه من إيجاب وقبول ، وهو عقد مدنى يخضع لقواعد القانون المدنى فى تكوينه وفى آثاره . ولكنه يتميز عن العقد المدنى المألوف بأنه يخضع لنظام مقرر (situation réglementaire) وضعه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملزم ، أى عقد الالتزام ويسميه ديموج بالعقد التنظيمى (contrat réglementaire). فالعقد المدنى بين العميل والملزم يخضع للعقد التنظيمى الإدارى بين الملزم والسلطة الإدارية ، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستورى^(١) . ويترتب على ذلك أن العقد المدنى بين العميل والملزم يخضع لعقد الالتزام التنظيمى ، لا فحسب فيما يتضمنه العقد التنظيمى وقت إبرام العقد المدنى ، بل أيضاً فى جميع ما يلحق هذا العقد التنظيمى من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية بما لها من سلطان فى تنظيم المرافق العامة ، وهذا ما قصد إليه المتعاقدان العميل والملزم عندما أبرما العقد بينهما^(٢) .

وهذا رأى الأخير هو الذى ذهب إليه التقنين المدنى المصرى الجديد ، كما يظهر من نصوصه ومن أعماله التحضيرية . فقد نصت المادة ٦٦٩ مدنى على أن « ملزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويتمتعها ما ينظم هذا العمل من القوانين »^(٣) . فالعقد المبرم بين

(١) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٢) قالين ص ٣٩٠ - وتكييف العقد بين العميل والملزم بأنه عقد مدنى هو ما ذهب إليه القضاء الإدارى والمدنى فى فرنسا (محكمة تنازع الاختصاص أول يوليه سنة ١٩٣٥ فى قضية Demangeon - مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية مستعمرة المارتينيك - نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ D. C. (دالوز الانتقائى) ١٩٤٣ ج ١٢ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٣٢٢) ، وما ذهب إليه أيضاً القضاء فى مصر (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩ . الإسكندرية المختلطة ٢٥ يوليه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٠ ص ٢٠٢ - ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩١٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٨ فى المشروع =

العميل والملتزم ينشئ حقوقياً شخصية (droits subjectifs) لكل من الطرفين ، كما هو الأمر في سائر العقود المدنية ، فيكون للعميل الحق في أن تؤدي له خدمات المرفق على الوجه المألوف ، ويكون للملتزم الحق في تقاضي أجر هذه الخدمات من العميل . ويخضع هذا العقد ، كما يقول النص ، « للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ، ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين » . ويؤكد تكييف العقد المبرم بين العميل والملتزم بأنه عقد مدني في نظر التقنين المدني الجديد ما قيل في هذا الصدد أمام لجنة مجلس الشيوخ ، فقد قال مندوب الحكومة ، ووافقت اللجنة على قوله ، ما يأتي : « ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين ، فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدني . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنفعين كما هو الحال مثلاً في علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدني ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالي (القديم) ، فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف في تكييف هذه العلاقة^(١) . ويظهر بجلاء من النصوص التي اشتمل عليها المشروع التهديد بالتقنين المدني أن العقد المدني المبرم بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام الإداري المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية . فنصوص المشروع

= النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٧٥ - ص ٧٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي لم ترد فيه نصوص في الالتزامات المرافق العامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٧٣ - ص ٧٤ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ في

الهامش .

التمهيدى صريحة في هذا المعنى ، كما هي صريحة في أن عميل المرفق العام إنما يخضع بتعاquده مع الملتزم لشروط موحدة يقررها عقد الالتزام وهو من وضع الجهة الإدارية التي تعاقدت مع الملتزم . فقد جرت المادة ٩٠٦/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويكون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة »^(١) . وجرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « في المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المتماول وعملائه من إذعان العميل الذي يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقرر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكون من وضع المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التي يتبعها المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التي يتبعها المقاول في إدارته للمرفق العام » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب للحذف^(٢) ، ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة في تجنب إيراد المذاهب الفقهية في التشريع .

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام ، فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه . وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدني وأوجبت العمل بها ، سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها ، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها ، فهي مبادئ تعتبر من النظام العام ، وتفرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين العميل والملتزم . وهذه المبادئ الأساسية — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة »^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ في الهامش وفقرة ١٦٤ في آخرها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٢ في الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٩ في الهامش — وانظر استئناف مختلط ٦ يونيو

سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ رقم ٣٥ ص ٣١ .

وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم من العملاء ، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور ، وبكفالة المساواة بين العملاء .
فنبحث هذه المبادئ الثلاثة ، ثم نبحث ما وضعه القانون تحت تصرف عميل المرفق العام من جزاء يستطيع به أن يفرض على الملتزم احترام هذه المبادئ .

§ ١ - أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام

١٦٩ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٦٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون. بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » .

« ٢ - ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها ، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور ، وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » ، وتنص المادة ٦٧٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح » .

« ٢ - فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة »^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

٦٧١ م : ورد هذا النص في المادة ٩٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم ترد فيه عبارة « التي قررتها السلطة العامة » في صدر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني القديم ، ولكن أحكامها كان معمولاً بها فيما عدا سنة التقادم ، لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٣٧ - ٦٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٧٠ - ٦٧١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٩٥ - ٨٩٦ - ولا مقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١٧٠ - مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مائة

الالتزام : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ٩٠٧ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « ١ - مهما يكن نصيب الملتزم في تحديد الأسعار التي يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام ، أو في اقتراحها ، أو مناقشتها ، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هي التي حددتها أو صدقت عليها . ٢ - وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها » . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ.

= رقمه ٧٠١ في المشروع النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت عبارة « التي قررت السلطة العامة » الواردة في صدر الفقرة الأولى ، « وذلك تأكيداً للسلطة التي تستمد منها الأسعار قوتها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب على الوجه الذي عدلته إليه لجنته تحت رقم ٧٠٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٤ - ص ٨٦) .

م ٦٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٩٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٠٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٦ - ص ٨٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٧ - ٦٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٧٠ - ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٥ - ٨٩٦ (موافق ، فيما عدا أن مدة التقادم في التقنين العراقي

سنة أشهر بدلا من سنة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة .

« اكتفاء بالقواعد العامة »^(١) . والنص تطبيقي للقواعد العامة ، فيمكن إعمال حكمه بالرغم من حذفه^(٢) .

ويخلص من ذلك أن مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل ، بل ليس هو العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أي عقد الالتزام ، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها . ويستوى في ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه الأسعار مبتدئة ، أو اقترحها الملتزم فصادت عليها ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى إقرارها ، ففي جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هي مصدر القوة الإلزامية لهذه الأسعار . ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية ، وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وآثارها . ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم ، بل تجاوز ذلك إلى العلاقة فيما بين الملتزم وكل عميل ينتفع فعلاً بالمرفق أو يستجد بعد ذلك^(٣) .

ويترتب على هذا أن الأسعار لا تكون لها قوة ملزمة ، ولا يتقيد العميل بها ، إذا لم تقررها السلطة الإدارية أو تصادق عليها . فلو أن السلطة الإدارية قررت سعراً معيناً للخدمات التي يؤديها المرفق في حدود مقرررة بعقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم أن يدخل تعديلاً على هذا السعر^(٤) ، ولو لم يتعد بهذا التعديل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، ما لم يحصل على تصديق السلطة الإدارية على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٧ في الهامش وص ٨٠ في الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٤ مدني عراقي على أن « تعريفات الأسعار التي يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها » .

(٣) ويكون لهذه الأسعار صفة الرسوم (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٤) ولو كان هذا التعديل في الأسعار في صورة حد أدنى لاستهلاك المشترك في المياه فإن نزل الاستهلاك عن هذا الحد وجب على المشترك دفع الحد الأدنى ، وذلك لأن وضع حد أدنى للاستهلاك ينطوي على معنى زيادة السعر فيما إذا كان المشترك لم يستهلك الحد الأدنى المفروض . (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٧٧) . ويعد تعديلاً في الأسعار لا يجوز إلا بموافقة الجهة الإدارية أن تجعل شركة المياه الأجر بحسب العداد بعد أن كان أجراً ثابتاً جزافياً (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١) ، أو أن تطالب بتأمين من المشتركين بأجر جزائي (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١) .

هذا التعديل ، وقبل هذا التصديق لا يكون التعديل ملزماً لعملاء المرفق ، وهذا هو المبدأ الذى سارت عليه محكمة الإسكندرية المختلطة^(١) ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة لم تقرها عليه^(٢) . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد نص المادة ٩٠٧ من المشروع ، هذا المبدأ فى إسباب ، بعد أن استظهرت الخلاف ما بين محكمة الإسكندرية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة وأخذت بقضاء المحكمة الأولى ، فقالت : « يقرر هذا النص (م ٩٠٧ من المشروع) ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثرت أمام القضاء المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها : هل يجوز للترزم المرفق العام ، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلاً يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة ، فقررت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) أنه لا يجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية ، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتبين مدى تمشيهِ مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء ، إذا ما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ رقم ٣٣٩) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام

(١) الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٢٢٣ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٢٩ ص ٢١٧ .

وعلاقتها مع العملاء ، حتى تستطيع أن تستعمل جدياً حقها في الرقابة وحماية المصلحة العامة . والمشروع يقر ضمناً رأى محكمة الإسكندرية المختلطة ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التي تعقدتها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتماً من بعض النواحي عن العقود التي يعقدتها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك مبادئ أساسية تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة نفسها كثيراً ما رددت هذا المبدأ في أحكامها : ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٤٤٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ ب ٤٥ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣١ ن ٢٥) . ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التي يؤديها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل الملتزم في تحديد أومناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مبدأ مقرر في فرنسا (جيز Jèze : النظرية العامة للعقود الإدارية الطبعة الثالثة الجزء الثاني ص ٥٥٦ — جوسران Josserand : عقد النقل ن ١٢٣ وما بعدها و ٢٣٥ وما بعدها) ، وقد طبقه مجلس البولة مراراً (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شركة ترام بوردو : مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكذلك محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سيريه ١٨٩٧ — ١ — ١٩٠) ، كما أنه مقرر أيضاً منذ الربع الأخير من القرن الماضي في كل من القانونين الإنجليزي والأمريكي (انظر جوسران : عقد النقل ن ١١٧ — ١٢١)^(١) .

١٧١ — الأسعار التي قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ مدني تنص على أن « يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقاً على ما يخالفها » . وهذا المبدأ مستفاد مما قدمناه من أنه إذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها « تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها »^(٢) . فتي استوفت الأسعار الشرط الأساسي ، وهو إقرار السلطة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٧٨ — ص ٧٩ في الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٩ في أولها ..

الإدارية لها ، كانت لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق ، الحاليين منهم واللاحقين . ولا يجوز للمتعاقدين — الملتزم والعميل — أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية ، لا بالزيادة ولا بالنقص . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة ، وهي التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني حيث تقول : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجر أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت له شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » . فهنا نجد أنه يجوز الاتفاق على تخفيض السعر الذي قرره السلطة العامة ، بل يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ، بشرط أن يكون ذلك لا لشخص معين بالذات ، بل لطائفة من الأشخاص توافرت فيهم شروط معينة . وسيأتي تفصيل ذلك^(١) .

ويترتب على أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأسعار التي قررتها السلطة العامة ، أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها زيادة أو نقصاً ، كان الاتفاق باطلاً ووجب التقييد بالأسعار المقررة . ومن باب أولى إذا وقع غلط في تطبيق الأسعار المقررة ، فزاد السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر ، لم يعتد بذلك ووجب تصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٧٢ مدني تقول في هذا المعنى : « كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح » .

فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، بأن دفع هذا سعراً أزيد من السعر المقرر ، كان له أن يسترد الزيادة ، حتى لو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك^(٢) . أما إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة الملتزم ، بأن دفع العميل سعراً أقل من السعر المقرر ، كان للملتزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر ، ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك . ويتقدم حق العميل في استرداد الزيادة ، وكذلك حق الملتزم في استكمال النقص ،

(١) انظر ما يلي فقرة ١٧٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ يوفيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

بمضى سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التي وقع فيها انحراف أو غلط .
وهذه الأحكام تقررها في وضوح الفقرة الثانية من المادة ٦٧٢ مدني إذ تقول
كما رأينا : « فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق
في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم
بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون
باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت
قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة » .

١٧٢ — جواز إعادة السلطة الإدارية النظر في الأسعار المقررة :

قدمنا أن السلطة الإدارية لا تملك فحسب تقرير أسعار المرفق العام ، بل تملك
أيضاً إعادة النظر في هذه الأسعار وتعديلها بالزيادة أو بالنقص إذا وجد من
الأسباب ما يستدعي ذلك . وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ ١٩٤٧
الخاص بالتزامات المرافق العامة صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون لمناح
الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية ، مبنية
على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام » (١) .

فإذا جدت ظروف تجعل الأسعار التي سبق أن قررتها السلطة الإدارية
لا تكفي لمواجهة نفقات المرفق العام وما يكون للملتزم من حق مشروع في
جني ربح معقول يتوقعه من استغلاله لرأس ماله في إدارة المرفق ، وأخص
هذه الظروف وأبرزها هي الظروف الطارئة التي تجعل إدارة المرفق بالأسعار

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٥ - وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « إذا
كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت
لا يتغير ، وهذه القوائم هي التي تحدد جزاء الملتزم ، وهو عبارة عن إتاوات بأذن مانح الالتزام
للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام . ومن الجائز بعد مضي وقت معين أن
تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لا تكون كافية لجزاء
الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلاً يهبط المنتفعين بالمرفق العام . وحرصاً على تلافي هذا التنافر
وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالباً من منازعات ، رؤى في المادة الثانية
تقرير مبدأ إعادة النظر الدوري في الأسعار كقاعدة عامة ، وترك تحديد ضوابط تطبيقها التي
تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلي
بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة في وقت معين ، ويكون ذلك التناسب تارة
في مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار ، وتارة في مصلحة المنتفعين إذا أدت
تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها » .

الأصلية مرهقة للملتزم ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في هذه الأسعار وتزيدها زيادة عادلة . وإذا جدت ظروف ، على العكس من ذلك ، تجعل الأسعار الأصلية من شأنها أن تحقق للملتزم أرباحاً تفوق الأرباح المعقولة التي كان يتوقعها ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في الأسعار وتنقصها إلى الحد المعقول بحيث يستبقى الملتزم ربحاً عادلاً لرأس المال الذي يستغله في المرفق .

وسواء كان تعديل الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، فإن هذا التعديل لا يسرى إلا من وقت إقرار السلطة الإدارية له ، لأن هذه السلطة هي كما قدمنا مصدر القوة الملزمة للأسعار . ومن وقت هذا الإقرار تسرى الزيادة أو النقص في الأسعار على كل عميل يبرم عقداً جديداً مع الملتزم ، بل وتسرى بأثر فوري على كل عميل أبرم عقداً مع الملتزم قبل ذلك مادام هذا العقد لا يزال سارياً^(١) . فإذا كان عقد العميل مدته سنتان مثلاً ، وبعد السنة الأولى أقرت السلطة الإدارية تعديلاً في الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، سرى هذا التعديل على العميل في السنة الثانية الباقية من العقد ، وسرى التعديل أيضاً في كل عقد جديد يبرمه بعد ذلك . أما السنة الأولى التي انقضت ، فلا يسرى عليها التعديل بأثر رجعي ، ويدفع العميل للملتزم الأسعار الأصلية طوال هذه السنة السابقة على التعديل ، وإذا دفعها لم يسترد من الملتزم الزيادة ولم يستكمل الملتزم منه النقص . وهذه الأحكام نصت عليها صراحة الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدني ، إذ تقول كما رأينا : « ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم (قوائم الأسعار) وتعديلها . فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » .

§ ٢ - استمرار المرفق العام وانتظامه ومسائرته للتطور

١٧٣ - واجب الملتزم الجوهري : قدمنا أن الالتزام الجوهري الذي

يقع على عاتق الملّزم هو إدارة المرفق . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار (continuité) والانتظام (régularité) والقابلية لمسايرة التطور (adaptabilité à l'évolution) ^(١).

فلا يجوز أن تنقطع خدمات المرفق . فإذا كان مرفق موصلات مثلاً عن طريق السكة الحديدية أو الترام أو الأوتوبيس ، وجب على الملّزم أن يداوم على تسيير المرفق فلا تنقطع هذه الموصلات ويحرم منها المتفعون بها . ولا يكتفى تسيير المرفق باستمرار ، بل يجب تسييره أيضاً بانتظام ، بحيث تقوم المركبات في مواعيدها المحددة وينتظم سيرها ، فلا يفاجأ عميل المرفق بأن خطأ من خطوط الموصلات قد عطل أو أن مركبة لم تقم في ميعادها . ويجب أخيراً أن يكون المرفق قابلاً للتغيير بحيث يساير التطور . فإذا رأت الإدارة أن الضغط قد اشتد على الموصلات موضوع الالتزام ، جاز لها أن تعدل من نظام المرفق ، فتزيد عدد المركبات وتغير المواعيد وتعديل الأسعار ، بحيث تتمشى خدمات المرفق مع ما تقتضيه مصالح الجمهور المتطورة .

وإذا كان المرفق متعلقاً بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء ، وجب على الملّزم أن يكفل للعملاء استمرار توريد هذه المرافق فلا تتعطل ، وانتظامها فلا تختل ^(٢) . ويجب أيضاً أن يكفل مسيرتها للتطور ، فإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن ، وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز ، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء ، جاز للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء ، مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشتمل على نص يوجب على الملّزم أن يكفل الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق ، بما يتضمنه معنى الاستمرار من معنى الانتظام ومعنى التطور . فكانت المادة ٩١٢

(١) انظر آنفاً فقرة ١٥٩ و فقرة ١٦٣ .

(٢) ولا يجوز لشركة المياه أو الغاز أو النور أن تقطع عن المشترك التوريد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن تلجأ إلى القضاء في ذلك (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٧ - يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩) . ولا يجوز لها أن تمتنع عن أداء خدمة المرفق لأي شخص قام بالشروط اللازمة للافتتاح بهذه الخدمة ودفع الرسوم الواجبة (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

من المشروع تنص على ما يأتي : « على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك أن يكفل الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق ويكون مرتبطاً بذلك ، ليس إزاء الجهة التي منحتة الالتزام وحدها ، بل إزاء كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإداري »^(١) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ولمبادئ القانون الإداري ، فإنه يعمل بأحكامه كما رأينا بالرغم من حذفه^(٢) .

١٧٤ — مسؤولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه — نص قانوني :

تنص المادة ٦٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ — على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق » .
- « ٢ — وملتزمي هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من تعطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته ، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقترنة أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه . ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى »^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٨٩ — ص ٩٠ في الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٧ مدني عراقي على أن « ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك ملزم بالاستمرار في أداء الخدمات التي عهد بها إليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩١٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة أخيرة تجرى على الوجه الآتي : « ويكون باطلاً كل شرط يعنى أو يحد من المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٩١٢ » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، وصار =

ويتبين من هذا النص أن الملزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه ، لا بموجب العقد بينه وبين العميل فحسب ، ولا بموجب عقد الالتزام فحسب ، بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري ، وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٧٣ مدني سالف الذكر يشتمل على فقرة في هذا المعنى تجرى على الوجه الآتي : « ويكون باطلاً كل شرط يعفى أو يحد من المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٩١٢ » . والمادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى التي يشير إليها النص هي التي كانت توجب على الملزم الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق ، وقد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإداري »^(١) . ويلاحظ أن الفقرة التي كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٧٣ مدني يشتمل عليها ، وهي الفقرة التي تقدم ذكرها ، قد حذفت في لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب الحذف^(٢) . ولا يرجع ذلك إلى حذف المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى ،

= رقم النص ٧٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « حادثاً مفاجئاً » بعبارة « قوة قاهرة » الواردة في عبارة « ويعتبر الإضراب قوة قاهرة » وذلك « لأن الإضراب ليس قوة قاهرة بل هو حادث مفاجئ » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٨ - ص ١٠٢) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً « للمبادئ العامة في المسؤولية عن المقارلات المتعلقة بالمرافق العامة » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٧٢ (مطابق) ، فيما عدا أن نص التقنين الليبي يسقط العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي « وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى » .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩١ وص ٩٧ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في

الهامش .

فإن هذه المادة لم تحذف إلا في لجنة مجلس الشيوخ . والظاهر أن النص قد سقط سهواً ، على أن سقوطه لا يغير من حكمه ، فإنه تقرير للقواعد العامة التي تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام^(١) .

فإذا وقع عطل أو خلل في تأدية المرفق لخدماته ، فإن كان هذا العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة ، كما لو نشأ عن الصيانة المألوفة للأدوات التي يدار بها المرفق ، لم يعتبر هذا إخلالاً من الملتزم بواجباته ولا محل لمسئوليته عن ذلك . وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدني سالف الذكر كما رأينا : « على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق » . أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته ، فإن هذا يعد إخلالاً من الملتزم بواجباته ، ويكون مسئولاً عنه لاتجاه السلطة الإدارية فحسب ، بل أيضاً تجاه عملاء المرفق . ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه بإثباته أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ولم يرتكب خطأً أو تقصيراً ، فإن العطل أو الخلل الذي يزيد على المألوف هو ذاته الخطأ^(٢) . وإنما يستطيع دفع المسؤولية بإثباته القوة القاهرة . والقوة القاهرة هنا إما أن تكون خارجة عن إدارة المرفق كأن تخرب غارة جوية في أثناء الحرب أجهزة المرفق ، وإما أن تكون داخلية في إدارة المرفق كأن تتعطل الآلات أو تنفجر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص الفقرة المحذوفة : « أما الفقرة الرابعة فالحكمة في وضعها ظاهرة ، وهي تبدو من قراءة أسباب حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٣٣٣) في النزاع الذي كان قائماً بين بلدية الإسكندرية وشركة مياه الإسكندرية . فقد جاء في أسباب هذا الحكم أن الجمهور لا يستطيع مناقشة الشروط المحجفة الواردة في العقود المطبوعة التي تفرضها شركات الاحتكار ، وليس له خيار في القبول أو الرفض ، إذ الأمر يتعلق بمرفق حيوى تحتكره الشركة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٣ - ص ٩٤) .

(٢) ومن باب أولى يكون الملتزم مسئولاً إذا ارتكب خطأ (قرب نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٣) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٨ - ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ .

وتسمى القوة القاهرة في هذه الحالة بالحادث المفاجئ كما أطلق عليها النص (م ٦٧٣/٢ مدني) . وسواء كان الحادث قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً ، فإنه يجب في الحالتين ، وطبقاً للقواعد العامة ، أن يكون حادثاً غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع ، أو كما يقول النص « دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه » . وتطبيقاً لذلك يعتبر إضراب عمال المرفق حادثاً مفاجئاً — لا قوة القاهرة لأن الحادث داخل في إدارة المرفق^(١) — بشرط أن يثبت الملزم « أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى » (م ٦٧٣/٢ مدني)^(٢) . فيجب إذن ألا يكون هناك خطأ في جانب الملزم تسبب عنه الإضراب ، فإذا ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف في فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك ، لم يكن هذا حادثاً مفاجئاً يدفع مسئولية الملزم . ويجب كذلك أن يثبت الملزم أن الإضراب كان لا يستطيع أن يدرأ نتائجه ، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالاً آخرين يستمرون في إدارة المرفق ، أو كان يستطيع إدارة المرفق بآلات في متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بما يصطنعه من يقظة وحزم في معالجة الموقف ، أو كان يستطيع تلافى نتيجة الإضراب بأية وسيلة أخرى ، كان مسئولاً بمقدار ما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل^(٣) .

(١) : انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) الإسكندرية الجزئية المختلطة ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ٧٠ ص ٤٨ .
(٣) وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه يطلق في القانون كلمة « حادث جبرى أو قوة القاهرة » على كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته . فالحادث يجب أن يكون غير ممكن توقعه وما لا تمكن مقاومته وليس في وسع المدين دفع وقوعه أو تلافيه ، ويدخل في هذا أيضاً عدم التغلب على نتائجه عند وقوعه . وفي الحالة الأولى لا يستطيع المدين منع حصول الحادث ، وفي الحالة الثانية لا يستطيع التخلص من نتائجه . وقد نص النقض المدني في المادة ٦٧٣ على أن للملزم المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في فترة الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر المدين مسئولاً إن كان من الممكن توقع ما اعترضه من صعاب واتخاذ التدابير اللازمة لملافتها ، وكذلك إن لم يعمل كل ما كان يجب عليه للتغلب على الصعاب =

§ ٣ - المساواة بين العملاء

١٧٥ - نص قانوني : تنص المادة ٦٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور » .

« ٢ - ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » .

« ٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة » (١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم . ولم يسبق للقضاء في عهد هذا التقنين أن قرر مبدأ المساواة بين العملاء بصفة قاطعة ، كما يظهر ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما سيجىء (٢) . ولكن مبدأ المساواة بين العملاء مقرر في القواعد العامة للقانون الإدارى .

= التى اعترضته (مصر الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٢٠٠ ص ٣٠١) - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩١١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية . وأصبح رقم النص ٦٩٩ في المشروع النهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الثالثة بإضافة كلمتى « غير مشروع » فأصبحت العبارة كما يأتي : « وكل تمييز غير مشروع لمصلحة أحد العملاء .. » « لأن هناك حالة يكون التمييز فيها مشروعاً فلا يوجب التعويض » . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته بلجته تحت رقم ٦٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « غير مشروع لمصلحة أحد العملاء » الواردة في صدر الفقرة الثالثة ، واستعوض عنها بعبارة « يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة » . لكى يكون واضحاً أن التمييز المقصود هو الذى يقع مخالفاً لأحكام الفقرة السابقة » ، وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ض ٧٦ - ص ٨٣) .

(٢) انظر مايل فقرة ١٧٦ في الهامش .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٩ . وفي التقنين المدني العراقي م ٨٩٣ - ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١٧٦ - تقرير مبدأ المساواة : يغلب أن يكون ملتزم المرفق العام، محتكراً للمرفق، إما احتكاراً قانونياً (monopole) بأن يكون هو وحده الذي يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام، وإما احتكاراً فعلياً (privilege) بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك (٢) . فإذا كان الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، فإن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع غيره للحصول على خدمات المرفق . وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحمى فيه المنتفعون بالمرفق من تحكم الملتزم وإيثاره بعضهم على بعض ، إما عن طريق أداء خدمات المرفق وإما عن طريق تخفيض الأجور المقررة . ومن ثم، كان من المبادئ الأساسية المقررة في القانون الإداري أن الملتزم يجب عليه « أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور » (م ٦٧٠ / مدني) .

وأى تمييز فردي يؤثر به الملتزم أحد العملاء ، كأن يؤدي له قدرأ أكبر من الخدمات مما يؤديه لساثر المتفعين ، أو أن يتقاضى منه أجراً أقل من السعر المقرر في حين أنه يتقاضى السعر المقرر من ساثر المتفعين ، يكون تمييزاً غير مشروع . ولما كان هذا التمييز من شأنه أن يخل بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة ، إذ هو يمنح شخصاً ميزة في استعمال المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له في تجارته أو في صناعته ، فإن هؤلاء المنافسين يضارون بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٦٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لم ترد فيه نصوص في التزام المراقبة العامة .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٣ .

هذا التمييز. ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملزم بتعويض الضرر الذي أصابهم من جراء ذلك ، كما يحق لهم إجبار الملزم على أن ينفذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء تنفيذاً عينياً ، فيكف عن إثارة بعض العملاء وتمييزهم عن الآخرين تمييزاً غير مشروع . والمقصود بالتمييز غير المشروع هو التمييز الذي يمنح على خلاف ما تقضى به المادة ٢/٦٧٠ مدنى سالف الذكر ، وهي تحرم على الملزم أن يمنح أحد عملائه بصفة شخصية ميزات يرفض منحها للآخرين ، وسيأتى بيان ذلك^(١) . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، إذ تقول : « وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة (الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى) يوجب على الملزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة » .

ومبدأ المساواة بين العملاء هو كما قدمنا من المبادئ المقررة في القانون الإدارى ، وهو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية بوجه خاص . وكان من المظاهر الأولى لتدخل السلطة الإدارية في تنظيم المرافق العامة حتى تحقق المساواة التامة بين المتفعين . ولم يسبق للقضاء المصرى في عهد التقنين المدنى القديم أن قرره بصفة قاطعة^(٢) ، فأورد فيه التقنين المدنى الجديد نصاً واضحاً كما رأينا حتى يمتنع أى شك في وجود تطبيقه^(٣) .

(١) انظر ما يلى فقرة ١٧٧ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لشركة المياه أن تفرض على عميل لها طريقة الاشتراك بالعداد أو طريقة الاشتراك بمبلغ جزائى ، وإلا كان في ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين العملاء ، والعميل هو الذى يختار بين الطريقتين (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه في بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . فقد حكمت مثلاً بأنه لا يجوز للشركة التى تتولى مرفقاً عاماً أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور ، أو أن تنهى اشتراكات قائمة ، إلا بناء على أسباب جدية » . كذلك قررت أنه على الملزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء ، أن يؤدى خدماته لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء . على أن المبدأ مقرر ثابت منذ أنه طويل في البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أول مظاهر تدخل السلطات في تنظيم المرافق =

١٧٧ — ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء : ويستثنى من مبدأ المساواة المتقدم الذكر أن يمنح الملتزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها . ولكن يشترط لصحة ذلك ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها ، بل لمجموعة من الأشخاص تتوافر فيها شروط معينة ، على أن ينتفع بالميزات الممنوحة كل من يطلب ذلك ممن توافرت فيه هذه الشروط . مثل ذلك أن يمنح الملتزم بطريق من طرق المواصلات تخفيضاً في الأجور لتلاميذ المدارس وطلبة المعاهد العلمية . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح شركة السكة الحديدية الإعفاء من دفع الأجر لموظفيها أو لمن يستوفى شروطاً معينة من هؤلاء الموظفين . وواضح أن الاستثناء على هذا الوجه استثناء ظاهري ،

= العامة ، وانتقال هذه المرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة ، فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار ، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور . وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها ، مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذي أنشأ مجلساً كان من أول واجباته القضاء على هذه المفارقات . وفي سنة ١٩٠٦ منع هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أي تمييز في المعاملة ، على أنه يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا النمط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكي مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار ، تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يولييه سنة ١٨٧٣ في إنجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنح الميزات غير المشروعة التي تمنحها الشركات لبعض العملاء . كما أنه في فرنسا يعتبر القضاء الفرنسي هذا المبدأ من المبادئ الأساسية ، فلا يجوز للملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة في فرنسا ، وحكم القضاء بالتعويض في حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران Josserand عقد النقل الطبعة الثانية ١٩٢٦ ن ١٨٠ و ٢٢٥) ، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء في كثير من أحكامها (١٩ يولييه سنة ١٨٥٠ دالوز ١٨٥٠ - ١ - ١٩٧ و ٧ يولييه سنة ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ - ١ - ١ - ٢٠٤ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٧ - ١ - ١٥٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٢٢٢ و ١٨ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٠ - ١ - ٢٦٧ و ٣ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧١ - ١ - ٢٦٩) . ولم تعد الأحكام المختلفة كثيراً بالصعوبة القائمة من حيث تقرير الضرر الواقع في هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت في الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل سنة ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٩ - ١ - ٣٧١) . على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكة الحديدية ، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقرر أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التي تمنح الامتياز ، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء « (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٨ - ص ٨١) .

فتخفيض الأجر أو الإعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء ، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لا تتعين بذواتها بل بشروط معينة تتوافر فيها ، وهذا ليس من شأنه أن يخل بالمساواة بين عميل بالذات و عميل آخر . وكأن الملتزم يتقاضى أجرين ، أجراً مخفضاً من مجموعة من الأشخاص لا يميز فيهم بين شخص وآخر ، وأجراً عادياً من بقية الناس لا يميز أيضاً فيهم بين شخص وآخر ، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التي قررتها السلطة الإدارية^(١) .

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني سالفه الذكر أن تخفيض الأجر أو الإعفاء منها على هذا الوجه لا يخل بمبدأ المساواة ، فقالت كما رأينا : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجر أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » .

§ ٤ - الجزاء

١٧٨ - الجزاء المبرم : بين العميل والملتزم عقد مدني كما قدمنا ، يرتب للعميل حقوقاً ذاتية (droits subjectifs) تجاه الملتزم هي ألا يدفع أكثر من الأجر الذي قرره السلطة الإدارية في حدود القانون ونظام المرفق العام ، وأن يكفل له الملتزم استمرار خدمات المرفق وانتظامها ومسايرتها للتطور ، وأن يحقق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق . بل إن هذه الحقوق الذاتية يستمدّها العميل ، ليس فحسب من العقد المبرم بينه وبين الملتزم ، بل أيضاً من عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، ثم من القوانين التي تنظم

(١) وفي قضية تعهدت شركة غاز بأن تورد الغاز لمصالح الحكومة بسعر أقصى يجوز تخفيضه . وهذا السعر أقل من السعر الأقصى الذي تعهدت أن تورد به الغاز للجمهور . وقد خفضت الشركة السعر الذي تورد به الغاز للجمهور حتى أصبح أقل من السعر الذي تورد به لمصالح الحكومة ، ف قضى بأنه لا يجوز للحكومة أن تطلب تخفيضاً مماثلاً أو أي تخفيض للسعر الذي تدفعه للشركة (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٢) .

الالتزام المرافق العامة ، ومن المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري^(١) :
وليس غريباً أن يستمد الشخص حقاً ذاتياً من نظام مقرر ومن لوائح وقوانين
معينة بل ومن مبادئ القانون بوجه عام ، ويكون هذا الحق الذاتي ليس مصدره
العقد بل القانون . ومن ثم يمكن القول بأن لعميل المرفق حقوقاً ذاتية كما قدمنا
مصدرها العقد ، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون .

وعلى أساس هذا الحق الذاتي يجوز لعميل المرفق أن يرفع دعوى أمام
القضاء المدني يطالب فيها الملزم بحقه ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون
المدني^(٢) .

فيجوز له أولاً أن يطلب التنفيذ العيني . فإذا كان يدفع أجراً لخدمات
المرفق يزيد على الأجر القانوني ، جاز له أن يطلب إنقاص الأجر إلى الحد
المسموح به قانوناً واسترداد ما دفعه زائداً على ذلك مع الفوائد بالسعر القانوني
من وقت المطالبة القضائية بها . وإذا كان عميلاً لمرفق من مرافق النور أو الغاز
أو المياه ، وانقطعت عنه خدمات المرفق ، جاز له أن يطالب الملزم بأن يعيد

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٣٩ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م
٣٥ ص ١٦٥ - وانظر يونار - ص ٥٧٧ - ص ٥٧٩ حيث ينتقد الفكرة المدنية القائمة
على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كثر الجدل القانوني في تحديد علاقة المنتفع
بصاحب الامتياز ، فالمحكمة ترى أنها علاقة تحكمها شروط عقد الامتياز بحيث يجوز للمنتفع مقاضاة
صاحب الامتياز إذا ما هو أخل بأحد شروطه التي تمس مصلحة المنتفع مباشرة وكان أصابه ضرر
شخصي من هذا الإخلال . ولا يعترض على ذلك بأن السلطة المانحة هي وحدها التي تملك حق المدافعة
عن حقوق الأفراد باعتبارها الهيئة المهيمنة على المصلحة العامة ، وأنها دون سواها صاحبة الحق
في الإشراف على إدارة المرفق بموجب عقد الامتياز الذي تبرمه مع صاحبه ، فإن هذا الاعتراض
إذا صح فإنما يصح بالنسبة إلى شروط العقد العامة التي لا تمس حقوق المنتفعين الشخصية المستمدة
من هذا العقد . أما ما يمس منها هذه الحقوق ، فالمنتفع المضروب حق التمسك بها ومطالبة صاحب
الامتياز بتعويضه عن الضرر الذي يناله من جراء الإخلال بها . ومرجع ذلك هو أن السلطة المانحة
في تعاقداتها مع صاحب الامتياز صفة مزدوجة ، صفة إدارية فيما تعقده خاصاً بمصلحتها كجهة حكومية
وذلك في حدود قانون الدولة الإداري ، وصفة مدنية فيما تعقده خاصاً بمصلحة المنتفع بطريق
الإجابة العامة المفترضة عنه . والمنتفع باعتباره أصيلاً حق التمسك بشروط التعاقد الماسة بمصلحته ،
والاعتراض على تعديلها إذا أصابه ضرر من ذلك ما لم تسبقه موافقة السلطة المانحة على هذا
التعديل » (استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٧ ص ١١٢٦) - وانظر
محمد كامل مرسي فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ - ص ٦٠١ .

له توفير النور أو الغاز أو المياه باستمرار وفي انتظام وفقاً لما يقضى به نظام المرفق . وإذا عطل ملتزم مرفق المواصلات خطأً من الخطوط أو غير مواعيده بما لا يتفق مع نظام المرفق ، وكان العميل مشتركاً في هذا الخط ، جاز له أن يطالب الملتزم بإعادة الخط أو بإرجاع المواعيد إلى أصلها حتى تتفق مع ما يقضى به نظام المرفق . وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة بين العميل وسائر العملاء ، جاز للعميل أن يطالب الملتزم بالكف عن هذا الإخلال وإعادة المساواة على الوجه الذي يقضى به القانون . ويجوز الالتجاء ، للوصول إلى التنفيذ العيني ، إلى طريقة التهديد المالي (١) .

ويجوز للعميل ثانياً أن يطالب بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه المتقدمة ذكرها . فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من تعطيل خط المواصلات ، وتعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين . وهناك نص صريح في هذا المعنى في صدد التعويض من جراء الإخلال بالمساواة ، فقد رأينا الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدني تنص على ما يأتي : « وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة » .

ويجوز للعميل أخيراً أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود ، وتقدر المحكمة وجهة هذا الطلب . ولكن يندر أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ ، لأن الخدمات التي يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له ، والملتزم هو المخترع لها إما احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً . ومن ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، مع التعويض عن الضرر .

١٧٩ — الجزاء الإداري — قضاء الإلغاء : وهناك إلى جانب الجزاء

(١) ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره ، وإنما يكون له هو الحق في مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذي يراه (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

المدنى جزاء إدارى ، تقرره القواعد العامة فى قضاء الإلغاء فى القانون الإدارى^(١) . فإذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى متعلق بتنظيم المرفق ويكون مخالفاً للقانون ، جاز لكل ذى مصلحة — وليس من الضرورى أن يكون للطالب حق ذاتى بل يكفى مجرد المصلحة ولو كانت مصلحة أدبية — أن يطعن فى هذا القرار المخالف للقانون بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال : وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولاً فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة . وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة فى المائة من رأس المال . ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانع الالتزام » ، فلو أن قراراً من السلطة الإدارية خول للملتزم أن يجاوز صافى أرباحه عشرة فى المائة من رأس المال ، كان هذا القرار باطلاً لمخالفته للقانون . ويجوز لعميل المرفق أن يطعن فى هذا القرار بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، ومصلحته فى ذلك أن ما زاد من صافى أرباح الملتزم على الحد القانونى ينتقص مما سيخصص فى تحسين المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، وكل من تحسين المرفق وخفض أسعاره يعود عليه بالنفع .

ويجوز أن يكون القرار الإدارى المخالف للقانون والذي يطعن فيه العميل قراراً سلبياً ، أى أن السلطة الإدارية تمتنع عن اتخاذ الإجراءات القانونية الواجبة عندما يطلب إليها العميل ذلك . فيصح مثلاً ألا تعيد السلطة الإدارية النظر فى قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية لتنظر فى تعديلها لمصلحة المتفعين بالمرفق ، كما تقضى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة إذ تقول : « يكون لمانع الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة

الالتزام » : فيستطيع العميل أن يتقدم إلى السلطة الإدارية مانحة الالتزام بإعادة النظر في قوائم الأسعار ، فإذا امتنعت عن ذلك كان هذا قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري لمخالفته للقانون . ويصح أيضاً أن يكون مرفق المواصلات قد تطور ، فأصبح من الواجب زيادة عدد الخطوط ، أو تعديل المواعيد ، أو استبدال مركبات حديثة بمركبات قديمة ، أو استبدال مركبات « الترولى باس » بمركبات الترام في بعض الخطوط أو كلها ، أو غير ذلك مما يجعل إدارة المرفق تسير مقتضيات التطور . فيجوز في هذه الحالة للعميل أن يتقدم للسلطة الإدارية مانحة الالتزام طالباً إليها أن تجعل الملتزم يدخل هذه التعديلات ، ومصلحة العميل في ذلك ظاهرة . فإذا امتنعت السلطة الإدارية عن اتخاذ الإجراءات اللازمة مع الملتزم لتحقيق هذا الغرض ، كان امتناعها قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري لمخالفته للقانون .

١٨٠ — متى يكون للعميل صفة في التقاضى : وحتى يستطيع العميل التقاضى على النحو الذى قدمناه ، يجب أن تكون له صفة . ففي التقاضى أمام المحاكم المدنية للمطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ ، يجب أن يكون له حق ذاتى (droit subjectif) ، وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من عقد الالتزام أو من القوانين التى تنظم التزام المرافق العامة كما سبق القول . وفي التقاضى أمام القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء القرار الإداري الباطل ، لا يلزم أن يكون له حق ذاتى ، بل يكفي أن تكون له مصلحة جديـة ولو كانت هذه المصلحة أدبية كما أسلفنا .

ولا يجوز في الحالتين للعميل أن يقاضى إلا للدفاع عن مصلحة الشخصية ، فليس له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩١٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — ليس للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحة الشخصية . ٢ — ولا يجوز له باسم

جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة^(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتها فيه محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٩٥ ن ٣٣٢) ، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها . وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة ، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصياً بمقتضى العقد المبرم بينهما^(٢) . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة « مع ملاحظة أنه لا يراد بالحذف عكس هذا الحكم^(٣) .

ولكن يجوز أن تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حي معين أو طائفة معينة من الناس ، وتكون لها الشخصية المغنوية ، فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى^(٤) .

(١) وتنص المادة ٨٩٨ مدنى عراقى على ما يأتى : « للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا فيما يخص مصالحته الشخصية ، وليس له أن يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٨١ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٨٢ فى الهامش .

(٤) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٩٤ .

الفصل الثاني

أنواع أخرى من المقاولات

١٨١ - بعض المقاولات الكثيرة الوقوع في العمل : نتناول بعض المقاولات الكثيرة الوقوع في العمل ، دون أن نفيض القول فيها فهي تخضع بوجه عام للقواعد التي سبق أن بسطناها في عقد المقولة ، ونقتصر هنا على بحث خصائصها الرئيسية .

وقد اخترنا أربعاً من هذه المقاولات : عقد النشر ، وعقد النظارة ، والعقد مع رجل الأعمال ، وعقد الإعلان^(١) .

(١) أما عقد النقل ، وهو عقد هام من عقود المقولة ، فحله القانون التجاري . وإذا كان التقنين المدني الفرنسي قد أورد فيه عدداً قليلاً من النصوص وتركه بعد ذلك إلى التقنين التجاري ، فإن التقنين المدني المصري - القديم والحديث - لم يرض له إطلاقاً ، تاركاً إياه جملة واحدة للتقنين التجاري . وقد أفرد له التقنين التجاري المصري فصلاً خاصاً به « في الوكالة بالعمولة للنقل وفي أمناء النقل والمراكبية ونحوهم » (م ٩٠ - ١٠٤ تجاري) . وقد أورد المشروع التهديد للتقنين المدني الجديد بعض النصوص في المرافق المتعلقة بالنقل البري (م ٩١٥ - ٩٣٠ مكررة ثالثاً من المشروع) ، ولكن هذه النصوص حذفت في لجنة المراجعة « لأنها تقرر أحكاماً خاصة بأمناء النقل ، بعضها وهو الخاص بالنقل بواسطة السكك الحديدية تنظمه لوائح قائمة فعلاً ، والبعض الآخر يحسن تنظيمه بتشريعات خاصة ، لأن حركة النقل في تطور مستمر من شأنه ألا يضمن لهذه الأحكام الثبات وهو شرط لازم لأحكام المجموعة المدنية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٠ - ص ١٠٢ في الهامش) . وبعد حذف هذه النصوص ، أصبح عقد النقل باقياً في مكانه الطبيعي وهو التقنين التجاري .

وكذلك عقد الأشغال العامة (marché des travaux publics) لا يتميز عن عقد المقولة إلا في خصائصه الإدارية ، من نحو التعاقد عن طريق المناقصات العامة وإمكان توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبراً على المقاتل بطريق الريجي ومسئولية الإدارة نحو الغير ورجوعها على الغير بما جناه من فائدة بسبب الأعمال التي قامت بها . وكل ذلك من مباحث القانون الإداري ، لذلك يكون المكان الطبيعي لعقد الأشغال العامة هو القانون الإداري لا القانون المدني .

المبحث الأول

عقد النشر (*)

(Contrat d'édition)

١٨٢ - صور مختلفة : المؤلف ، أيا كان العمل الذى قام به ، أديباً كان أو فنياً ، قد يتولى نشر مؤلفه بين أفراد الجمهور بنفسه . فيقوم بطبعه على نفقته ، ثم يقوم بعرضه للبيع على الجمهور . ولكن الغالب أن يلجأ المؤلف إلى التعاقد مع ناشر يقوم بهذه المهمة ، فيطبع الناشر الكتاب ويعرضه للبيع ، والعقد الذى يبرمه المؤلف مع الناشر لهذا الغرض يسمى بعقد النشر .

وليس لعقد النشر صورة واحدة ، بل تتعدد صورته بتعدد الطرق التى يلجأ إليها المؤلف فى النزول عن حقه فى مؤلفه للناشر .

وأبعد هذه الصور مدى هى الصورة التى ينزل فيها المؤلف عن حقه فى استغلال مؤلفه للناشر نزولاً غير محدد ، فيكون للناشر الحق فى طبع الكتاب طبعات متعددة دون تحديد لعدد هذه الطبعات . ويملك الناشر جميع النسخ فى كل طبعة من طبعات الكتاب ، ويبيعها لحسابه . وفى نظير ذلك يدفع للمؤلف مبلغاً معيناً دفعة واحدة أو على عدة دفعات . وهذه الصورة لا تخرج

(*) مراجع : Huard فى العقود ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٨٩ - Rudelle فى العلاقات القانونية ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٩٨ - Pouillet فى الملكية الأدبية والفنية وحق التأليف المسرحى الطبعة الثالثة (Maillard et Claro) سنة ١٩٠٨ - Escarra, Rault et Happ النظرية الفرنسية فى حق المؤلف سنة ١٩٣٧ - Desbois فى حق المؤلف سنة ١٩٥٠ - سافاتييه فى قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل : Lardeur عقد النشر فى المسائل الأدبية باريس سنة ١٨٩٣ - Pierre Hesse الحق الأدبى للمؤلف باريس سنة ١٩٠٦ - Dupont Rangier عقد النشر باريس سنة ١٩٠٧ - Adenis-Colombeau عقد العرض المسرحى باريس سنة ١٩٠٩ - Lauterbourg عقد النشر والتكييف القانونى لحق المؤلف باريس سنة ١٩١٥ - Jean Rault عقد النشر فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٩٢٧ - Striffling عقد النشر ديچون سنة ١٩٣٦ .

وانظر بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٧٩ - فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً - بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ - فقرة ٩٦٩ - بلانيول وريپير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٢٣٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. عقد النشر فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٥٣ .

عن أن تكون بيعاً لحق الاستغلال أبرمه المؤلف مع الناشر في مقابل ثمن معين ، وقد نزل المؤلف للناشر بهذا البيع عن حقه المادي في استغلال مؤلفه ، واستبقى حقه الأدبي (le droit moral de l'auteur) فإنه حق لا يجوز النزول عنه^(١).

وقد يقتصر المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب ، ويعين بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكاً له ، ويبيعها لحسابه ، ويدفع في مقابل ذلك للمؤلف مبلغاً معيناً على دفعة واحدة أو على عدة دفعات^(٢).

وقد يحتفظ المؤلف بحقه في استغلال مؤلفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته^(٣) فتكون النسخ بعد طبعها ملكاً له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفي هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاوله ، والمقاول هو الناشر والمؤلف هو رب العمل . ذلك لأن الناشر يقوم بعمل معين لحساب المؤلف ، هو عرض الكتاب على الجمهور للبيع وقبض ثمنه ،

(١) ويمكن التمييز بين هذه الصورة وبين نقل المؤلف لجميع حقوقه في التأليف لشخص آخر . ففي حالة انتقال حقوق المؤلف لغيره عن طريق البيع أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، يحل من انتقلت إليه الملكية محل المؤلف في جميع حقوقه بصفة دائمة ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين في شأن الكتاب الذي انتقل إليه . أما في حالة التعاقد مع ناشر ، فإن الناشر لا تنتقل إليه ملكية الكتاب بصفة دائمة ، بل ينتقل إليه حق استغلال الكتاب لعدد من الطباعات غير معين ولمدة غير معينة ، فإذا لم يقم الناشر بإعادة طبع الكتاب في مدة معقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه في استغلال الكتاب ، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ - انظر عكس ذلك . وأنه لا فرق بين الصورتين Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها) .

وقد يشتري الناشر حقوق المؤلف فتنتقل إليه هذه الحقوق بصفة دائمة ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر ، وتبقى الحقوق المدة التي يحددها القانون لحقوق المؤلف . وعند ذلك ينشر الناشر العمل الذي اشتراه ، لا باعتباره ناشرأ بل باعتبار أنه هو صاحب حقوق التأليف ، كالمؤلف عند ما ينشر مؤلفه بنفسه . ويجوز للناشر في هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المؤلف الذي اشتري حقوق التأليف فيه .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ١٧٩ .

(٣) وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التي يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتفق عليه ، ويرد الباقي للمؤلف . والعقد مع صاحب المطبعة مجرد طبع الكتاب يكون عقد مقاوله لا عقد نشر .

ويتقاضى في مقابل ذلك أجراً من المؤلف^(١) . ويغلب أن يكون الأجر نسبة معينة من ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها ، نخصمها من الثمن ويرد الباقي إلى المؤلف . ولا يجوز اعتبار العقد شركة ، لأن نسخ الكتاب كما قدمنا ملك للمؤلف ، والناشر لا يساهم في الخسارة بحيث لو كسد الكتاب ولم يسترد المؤلف نفقات طبعه فإن الناشر لا شأن له بهذه الخسارة . وإنما يتقاضى الناشر جعلاً معيناً في نظير عمله ، هو نسبة مئوية معينة من ثمن النسخ المباعة . فالعقد يكون مقاوله من حيث عرض الكتاب للبيع ، مقترنة بوكالة حين يبيع الناشر نسخ الكتاب لحساب المؤلف^(٢) .

وقد ينقلب الموقف ، فيصبح المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل . ويتحقق ذلك عادة إذا قام ناشر بطبع مؤلف يضم طائفة من البحوث أو من المقالات ، فن يساهم يبحث أو بمقال من المؤلفين يتقاضى أجراً معيناً على عمله من الناشر ، وبذلك يصبح المؤلف هو المقاول كما سبق القول^(٣) .

وسواء كان العقد بيعاً أو مقاوله ، وسواء كان المقاول هو الناشر أو المؤلف ، فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر .

ولعقد النشر أركانه ، ويترتب عليه آثاره : التزامات في ذمة المؤلف وأخرى في ذمة الناشر . ويوجد نوع خاص من النشر عن طريق المسرح ، فلا يطبع المؤلف وإنما يعرض ك مسرحية على الجمهور ، ويسمى العقد في هذه الحالة بعقد العرض المسرحي (contrat de représentation) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٧٩ ص ١٢٢٦ .

(٢) وإذا أراد المؤلف أن يشارك الناشر ، فيساهم هذا الأخير في الربح وفي الخسارة ، فإن ذلك يجوز . ويكون العقد في هذه الحالة شركة على الصورة الآتية : يساهم المؤلف بمؤلفه ، ويساهم الناشر بنفقات طبعه مثلاً ، وتكون النسخ ملكاً للشركة ، ويكون لكل شريك نسبة يتفق عليها في الربح وفي الخسارة (قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٠) .

(٣) بلانيول وزبيير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ - وإذا دفع المؤلف المقال أو البحث تماماً إلى صاحب الجريدة أو المجلة ، ثم اتفق معه على الأجر ، فالعقد هنا لا يقع على عمل ليكون مقاوله ، بل يقع على ملكية المقال أو البحث فيكون بيعاً . وإذا كان المؤلف يكتب بانتظام مقالات تنشر في المجلة أو الجريدة مقابل أجر ، فالعقد لا يكون بيعاً . وإنما يكون عقد عمل إذا كان المؤلف خاضعاً لتوجيه صاحب المجلة أو الجريدة ، وعقد مقاوله إذا لم يكن خاضعاً لهذا التوجيه (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٧) .

فنبحث في عقد النشر المسائل الآتية : (١) أركان العقد . (٢) التزامات المؤلف . (٣) التزامات الناشر . (٤) عقد العرض المسرحي^(١) .

§ ١ - أركان عقد النشر

١٨٣ - **أركان مهمة** : لعقد النشر أركان ثلاثة : التراضي ، والعمل الأدبي أو الفني أى المؤلف ، والأجر .

١٨٤ - **الركن الأول - التراضي** : عقد النشر طرفاه المؤلف والناشر . وهو عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة . ولما كان الناشر تاجراً يقوم بعمل من أعمال التجارة وكان المؤلف غير تاجر يقوم بعمل مدني ، فعقد النشر إذن عند مختلط ، تجارى من جانب الناشر ومدني من جانب المؤلف . ومن ثم يجوز للمؤلف أن يثبتته على الناشر بجميع طرق الإثبات وفيها البيينة والقرائن ولوزادت قيمة العقد على عشرة جنيهاً ، كما يجوز أن يقاضيه أمام القضاء التجاري . أما الناشر فلا يثبت العقد على المؤلف إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمته على عشرة جنيهاً ، ولا يقاضيه إلا أمام القضاء المدني . ويبقى المؤلف يقوم بعمل مدني حتى لو تولى نشر مؤلفه بنفسه ، فعرضه للبيع . فهو لا يشتري

(١) وإذا عمد شخص إلى نشر كتاب دون اتفاق مع المؤلف على نشره ، أى دون أن يكون هناك عقد نشر ، كان منتهكاً لحرمة ملكية المؤلف ، فإذا اشترك اثنان في هذا النشر كانا مسئولين بالتضامن عن التعويض (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧) . ولا يعتبر مجرد تكليف وزارة المعارف لموظف بوضع كتاب معين اتفاقاً على أن ملكية الكتاب وحق نشره انتقل إلى الوزارة ، ولو تقاضى الموظف مكافأة عن وضع الكتاب ، ما لم يكن هناك تعاقد صريح أو ضمنى على ذلك (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٦ ص ١١٩٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

وقد قضى بأنه إذا حصلت وزارة المعارف (دار الكتب) على نسخة خطية لأحد الكتب الثمينة ، وقامت بجمع هذا الكتاب وترتيبه وطبع ما جمعه مؤلفه من الآراء المختلفة في كتابه ، وأضافت لها رأيه باعتباره من أصحاب الآراء السديدة في العلم الذي كتب فيه الكتاب ، فهذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينتقل إلى حق تأليف يثبت للوزارة . ومع التسليم جدلاً بأيلولة مثل هذه المؤلفات إلى الوزارة ، فإنها متى آلت للدولة وطبعها تسقط حالاً في الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعها ، لأن المؤلفات التي تنشرها الدولة تدل على أنها وضعت لخدمة الجمهور (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٨) .

تليبع كما يفعل التاجر ، وإنما يقوم أصلاً بعمل أدبي أو فني ، وقيامه ببيعه للجمهور ليس إلا عملاً تابعاً للعمل الأصلي^(١) .

والتراضى في عقد النشر لا يقوم في الأصل على اعتبارات في شخص الناشر ، ما لم تدل الظروف في وضوح على أن المؤلف قد قصد التعاقد مع ناشر معين لصفات خاصة فيه^(٢) . ويبنى على ذلك أن موت الناشر أو بيعه لمتجره لا ينهي عقد النشر ، بل ينتقل العقد مع جملة العقود الأخرى إلى الورثة أو إلى الناشر الجديد الذي اشترى المتجر . ومع ذلك لا يجوز للناشر أن يتفق مع ناشر آخر على النشر من الباطن إلا بموافقة المؤلف . ذلك أنه إذا سلم بانتقال عقد النشر مع جملة عقود النشر الأخرى لورثة الناشر أو للمشتري لمتجره ، فإن جواز انتقال عقد نشر بمفرده إلى ناشر آخر يتوقف على اعتبارات ترجع إلى المقدرة المالية لهذا الناشر الآخر وسمعته التجارية ، ومن ثم وجب الحصول على موافقة المؤلف لجواز النشر من الباطن^(٣) .

١٨٥ — الركن الثاني — العمل الأدبي أو الفني (المؤلف) : والركن

الثاني في عقد النشر هو العمل الأدبي أو الفني الذي قام به المؤلف وجعله محلاً للنشر . فتأليف كتاب في أى فرع من فروع العلوم والآداب والفنون يصح أن يكون محلاً للنشر . كذلك ترجمة كتاب إلى لغة أخرى غير لغته الأصلية يعتبر عملاً أدبياً يصح نشره . وقد يكون العمل محل النشر عملاً فنياً لا أدبياً ، كالرسم والنقش والتصوير والنحت وما إلى ذلك ، فيخرج الناشر من هذا العمل الفني نسخاً متعددة ويعرضها للبيع . كذلك الغناء والتلحين والقطع الموسيقية يمكن نشرها عن طريق صنع اسطوانات تعرض للبيع ، وأفلام السينما تنشر عن طريق نقل نسخ منها وعرضها على الجمهور وهذا هو العرض المسرحي . وبوجه عام كل ما يمكن اعتباره ملكية أدبية أو فنية يصح أن يكون محلاً للنشر . ولا يجوز التوسع في تفسير المحل الذي وقع عليه عقد النشر . فالمؤلف

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٦ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٣ .

(٣) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٨ — انظر عكس ذلك وأنه يجوز النشر من الباطن دون موافقة المؤلف : بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٤ .

الذى يتعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه يصبح أن يترجم هذا المؤلف إلى لغة أخرى ، ولا تدخل هذه الترجمة في عقد النشر الأول ، بل يجوز أن تكون محلاً لعقد نشر جديد . ومؤلف القصة إذا تعاقد على نشرها يصبح أن يستخرج منها مسرحية للتمثيل تكون محلاً لعقد نشر آخر^(١) . وناشر القطع الموسيقية لأحد الشعراء لا يجوز أن ينشر تبعاً لها قصائد هذا الشاعر وأعماله الأدبية^(٢) .

ويجب التمييز ، في العمل الأدبي أو الفني محل النشر ، بين الملكية الأدبية والفنية للمؤلف وهذه هي التي تكون محلاً للاستغلال عن طريق النشر ، وبين الأصول (manuscripts) المدون فيها العمل الأدبي أو الفني ويكون غالباً بخط المؤلف . فلا ينتقل بعقد النشر إلى الناشر ملكية هذه الأصول ، بل تبقى الملكية للمؤلف ، ويستطيع هذا أن يقتصر على إعطاء الناشر نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول لنشرها دون أن يعطيه الأصول ذاتها ، كما يجوز له إذا أعطى الناشر الأصول أن يستردها منه بعد الفراغ من طبعها . وقد تنتقل ملكية الأصول أو حيازتها من المؤلف إلى شخص آخر دون أن ينتقل معها حق الملكية الأدبية والفنية ، فالمالك أو الحائز للأصول لا يجوز له أن يتعاقد مع ناشر على نشرها لمجرد أنه مالك أو حائز لها ، بل يجب أن يثبت أن حق الملكية الأدبية والفنية قد انتقل إليه أيضاً^(٣) .

والاتفاق على العمل الأدبي أو الفني محل النشر يعين عادة الشكل الذى

(١) ذلك أن عقد النشر لا يتضمن حق العرض المسرحى إلا إذا نص على ذلك (باريس أول مايو سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥-٢-٥٨ - Pouillet - فقرة ٢٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق العرض عن طريق الأفلام السينمائية (باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠-٢-٨١ - ١٧ مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ١ - ١٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق الإذاعة عن طريق الراديو وطريق التلفزيون (السين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٣ دالوز ١٩٤٤-١٢٧ - باريس ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥-١-١٩٣) ، فكل من هذا وذاك نوع من العرض المسرحى .

(٢) انظر في هذا المعنى باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٢٨٩ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧-٢٣٩ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢-٦٥٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. te Art. فقرة ٢٣٠ - فقرة ٢٣١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥ - باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٣٧ - ٤ يوليه سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٥ - ٢ - ٤٢١ - ٨ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣-٢-٩٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة =

يطبع فيه المؤلف ، وعدد الطبعات التي يحق للناشر إصدارها ، وعدد النسخ في كل طبعة ، والتمن الذي تباع به النسخة لأفراد الجمهور . فإذا لم يعين الاتفاق الشكل ، وكان هناك شكل مألوف يطبع فيه المؤلف انصرفت نية المتعاقدين إلى أنهما أرادا هذا الشكل المألوف ، وإلا فإن الناشر الحق في تعيين الشكل الذي يطبع فيه المؤلف . فله أن يختار شكلاً شعبياً رخيص الثمن ، إذا رأى أن هذا الشكل يعين على انتشار المؤلف وسرعة بيعه^(١) . ولكن إذا اتفق على أن يكون الكتاب موضعاً بالصور ، لم يجوز للناشر أن يطبع الكتاب خالياً منها^(٢) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، كان للناشر أن يصدر أي عدد من الطبعات يرى من المصلحة إصداره ، هذا إذا كان قد اشترى حقوق التأليف . أما إذا كان عقد النشر مقاوله يتقاضى فيها الناشر أجراً على عمله ، ولم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، فيبقى للناشر حق إصدار طبعة بعد أخرى إلى أن يخطر المؤلف بانتهاء العقد وفقاً للقواعد المقررة في العقود غير المعينة المدة^(٣) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد النسخ في الطبعة ، أو الثمن الذي تباع به النسخة لأفراد الجمهور ، أو التاريخ الذي يتم فيه الطبع وعرض المؤلف على الجمهور ، فإن ذلك يترك لتقدير الناشر حسب ما تقتضيه المصلحة في انتشار المؤلف وسرعة توزيعه ، على ألا يبطئ الناشر في الطبع لإبطاء لا مبرر له أو يتخذ قراراً في المسائل المتقدمة الذكر من شأنه أن يضر بمصلحة المؤلف المشروعة^(٤) .

= ٣٢٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥١ ص ٥٥٢ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من انتقلت إليه ملكية أصول كتاب سبق نشره لا يملك وحده حق نشر الكتاب ، بل يكون هذا الحق ثابتاً أيضاً لمن انتقلت إليهم ملكية أصول أخرى لنفس الكتاب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٩) .

(١) السين ٩ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ٣ - ٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢ .

(٢) باريس ٩ أغسطس سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ٢ - ١٦٥ - وللناشر أن يطبع نسخة على نسخ الكتاب (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣) .

(٣) أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٣ .

(٤) أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٦ - وللناشر تصفية ما تبقى لديه من النسخ بسعر منخفض ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣) .

ويجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبي أو فني لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض^(١) ، وبشرط أن يكون العمل معيناً في موضوعه وفي مداه ومبلغ أهميته وفي المدة التقريبية التي يتم فيها وإلا كان باطلا لعدم تعيين المحل^(٢) .

١٨٦ — الركن الثالث — الأجر : ويختلف الأجر باختلاف الصور المتعددة لعقد النشر ، وهى الصور التي استعرضناها فيما تقدم^(٣) .

فإذا نزل المؤلف للناشر عن حقوقه في التأليف نزولاً غير محدد ، بحيث يكون للناشر الحق في طبع المؤلف عدداً غير معين من الطباعات ويكون مالكاً لجميع النسخ من كل طبعة ، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف . ويجوز أن يكون الثمن مبلغاً يحدد جزافاً ، ويدفع دفعة واحدة ، أو على أقساط في مواعيد معينة ، أو في ميعاد كل طبعة من طباعات الكتاب . كما يجوز أن يكون الثمن محدداً بنسبة عدد نسخ الكتاب وثمان كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من نسخ الكتاب . ويستنزل الناشر عادة من نسخ الكتاب عدداً معيناً محددته الاتفاق أو العرف للهدايا وللإعلان . ولا يستبقى المؤلف إلا حقه الأدبي في مؤلفه كما قدمنا ، فيلتزم الناشر بنشر المؤلف في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة ، ولا يجوز له إدخال أى تعديل فيه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف أو تغيير عنوانه إلا بموافقة المؤلف . وقد يشترط المؤلف على الناشر ألا يزيد ثمن النسخة الذي تباع به للجمهور على

(١) السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٦١ Ann. ٦١ - ٤٣٠ .

(٢) Pouillet فقرة ٢٥٣ - ويصح أن يصدر من المؤلف وعد للناشر بأن تكون له الأفضلية على غيره من الناشرين في عمل أدبي أو فني مستقبل إذا تقدم بعرض يساوى عروض الآخرين (السين ١١ مايو سنة ١٨٧٠ Ann. ٧٠ - ٢٠٤ - ٢٠ يوليو سنة ١٨٩٢ Ann. ٩٣ - ١٢٣ - ٦ يوفيه سنة ١٨٩٥ و ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ١٩٠٠ - ٦٠) - بل يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلية قبل نشر عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأ (باريس ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٦ - ٢ - ٢٥٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

مبلغ معين ، حتى لا يرهق الناشر الجمهور بثمن مبالغ فيه ، ويعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير .

وإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من طبعات الكتاب ، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة وعلى المدة التي لا يستطيع في خلالها المؤلف أن يعيد طبع الكتاب وهي المدة المعقولة التي يتوقع فيها نفاد نسخ الطبعة المباعة : ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمناً قد يكون مبلغاً محدداً جزافاً يدفع جملة واحدة ، أو على أقساط متعددة ، وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذي تباع به النسخ فعلاً .

وإذا كان عقد النشر مقاوله يقتصر فيها الناشر على طبع الكتاب وعرضه للبيع ، فالذي يستحق الأجر في هذه الحالة هو الناشر وهو المقاول ، لا المؤلف . وهو رب العمل . ويبدأ الناشر عادة باسترداد ما قد يكون أنفقه من المصروفات في طبع الكتاب من ثمن النسخ المباعة . فإذا ما استرد هذه المصروفات ، فما يبيعه بعد ذلك من نسخ يتقاضى عليه أجراً أو عمولة ، وقد تكون مبلغاً معيناً عن كل نسخة يبيعها ، وقد تكون كما هو الغالب نسبة مئوية من الثمن الذي تباع به النسخة .

وإذا كان المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل ، كما هو الأمر فيما إذا قدم المؤلف مقالا أو بحثاً في مجلة أو في مجموعة من البحوث أو المقالات ، فإن الأجر في هذه الحالة يكون مستحقاً للمؤلف يدفعه له الناشر ، ويكون غالباً مبلغاً معيناً محدداً جزافاً ويدفع للمؤلف عند تسليمه للناشر المقال أو البحث .

§ ٢ - التزامات المؤلف

١٨٧ - التزاماته : يترتب في ذمة المؤلف بموجب عقد النشر التزامان رئيسيان : (١) تسليم عمله الأدبي أو الفني للناشر بحيث يتمكن هذا من طبعه ونشره . (٢) ضمان تعرضه الشخصي أو تعرض الغير لما قام به من عمل أدبي أو فني .

١٨٨ - الالتزام الأول - تسليم العمل الأدبي أو الفني للناشر : يلتزم المؤلف بأن يسلم للناشر العمل الأدبي أو الفني محل النشر . فيسلم له أصول

مؤلفه ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها^(١) . ونفقات النسخة المطابقة للأصل تكون على المؤلف . ويجب التسليم في الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فإن المحكمة تتولى تحديد هذا الميعاد مستهدية في ذلك بالعرف وبأهمية العمل . فإذا لم يقيم المؤلف بهذا الالتزام^(٢) ، جاز للناشر أن يطلب فسخ عقد النشر وأن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الفسخ^(٣) . ولا يجوز إجبار المؤلف على التنفيذ عيناً ، بأن يستولى الناشر على الأصول أو على نسخة مطابقة للأصل منها عنوة ، فإن هذا يتعارض مع حق المؤلف الأدبي في العدول عن نشر مؤلفه إذا رأى أن سمعته الأدبية أو أن ضميره يقتضي منه ذلك^(٤) . على أنه لا يجوز للمؤلف أن يتخذ من هذا الحق في العدول عن النشر ذريعة للإخلال بالتزامه ، حتى يتمكن من عقد صفقة أكثر ربحاً مع ناشر آخر^(٥) . ويجوز للناشر أن يستبقى الأصول بعد طبعها ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول إذا أراد المؤلف استرداد الأصول وتكون نفقات النسخة المطابقة على المؤلف ، وذلك في حالة ما إذا كان للناشر حق إعادة طبع الكتاب . ويلتزم المؤلف - بل إن هذا هو أيضاً حق له - بأن يصحح تجارب .

- (١) والأصول المكتوبة بخط المؤلف تدخل في ملكيته المادية ، وتنتقل هذه الملكية إلى ورثته ، ولهؤلاء استرداد الأصول من الناشر بعد أن ينسخ منها صورة مطابقة على نفقة الورثة إذا احتاج لهذه النسخة في إعادة طبع الكتاب (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ - وانظر آنفاً فقرة ١٨٤) .
- (٢) وللناشر أن يرفض تسليم أصول كتاب لم يتمها المؤلف في حياته وإنما أتمها بعد موته ورثته أو شخص آخر ولو كان مختصاً في موضوع الكتاب ، ما لم يكن الباقي من العمل هو مجرد تجميع وترتيب (Pouillet فقرة ٣٠٣ - بودرى وقال ، فقرة ٤١٨٢) .
- (٣) باريس ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ Ann. ١٩٠٨ - ١ - ٢٦٦ - وقد قضى بأن التأخر في تسليم الأصول لا يكون سبباً للفسخ إذا كان ذلك يرجع إلى أن المؤلف ، مطاوعة لضميره واحتفاظاً بسمعته الأدبية ، أراد مراجعة عمله إمعاناً منه في الإتيان (رن ٢٤ يولييه سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٩ - ٢ - ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ هامش ١) .
- (٤) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٩ - ١٩ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً ص ١٢٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز التنفيذ العيني Pouillet فقرة ٢٨٨ .
- (٥) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً ص ١٢٣٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤

مؤلفه عند طبعه ، فيقوم بتصحيح التجارب في الميعاد المألوف ، ويشمل التصحيح الأخطاء المادية التي تقع عند الطبع . وقد جرت العادة بأن يسمح للمؤلف بإدخال تعديلات يسيرة ، عند تصحيح التجارب ، على مؤلفه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف . وتسمى هذه بتصحيحات المؤلف (corrections de l'auteur) ، وتكون عادة على نفقة الناشر ، إلا إذا جعلها عقد النشر كلها أو بعضها على نفقة المؤلف^(١) .

١٨٩ — الالتزام الثاني — الضمان : ويلتزم المؤلف بضمان التعرض . فلا يجوز أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق الناشر في استغلال المؤلف ، إلا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض والتعويض إن كان له محل . ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن يتفق مع الناشر على نشر كتاب له ، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر ، فينافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة . وإذا فعل ، جاز للناشر الأول أن يطلب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التي قام بنشرها المؤلف أو الناشر الآخر ، مع الحكم بالتعويض على كل منهما ، على المؤلف بموجب المسؤولية العقدية ، وعلى الناشر الآخر بموجب المسؤولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن اتفق للمؤلف مع الناشر الأول على نشره . كذلك لا يجوز للمؤلف ، بدعوى أنه ينشر الكتاب في مجلة أو جريدة تباعاً في أعداد متعاقبة إذا كان ذلك مسموحاً له به في عقد النشر ، أن ينشر الكتاب كله في عدد واحد من المجلة أو الجريدة أو في عدد من متواليين ، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل للكتاب يتعارض مع حقوق الناشر^(٢) .

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ *Pron. Lit. et Art.* فقرة ٢٤١ .

(٢) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٩٩ - ٩ أبريل سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٩٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٤٩ ص ٥٤٧ - أما إذا تعاقد المؤلف على نشر تمثيلية (drame) ، فإن ذلك لا يمنعه من وضع قصة في موضوع التمثيلية ومن جعل القصة محلاً لعقد نشر جديد (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت دي تريبينو ١١ يولييه سنة ١٩٢٦ - وانظر آنفاً فقرة ١٨٥) . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعد تمثيل رواية سينمائية مختلف فيها الحوار والشكل والتصميم البنائي اعتداء على حق رواية لم تكن معدة من الأصل للتمثيل السينمائي . وليس لمدير مسرح يختص بحق تمثيل رواية مسرحية ولا لمؤلف تلك الرواية أن يعارض كلاهما =

ولكن يجوز للمؤلف أن يتفق مع ناشر على نشر الكتاب في طبعة شعبية رخيصة الثمن ، ومع ناشر آخر على نشر نفس الكتاب في طبعة فاخرة موضحة بالرسوم ، فلكل طبعة من هاتين عملاؤها . أما إذا اتفق مع كل من الناشرين على طبع الكتاب طبعة شعبية أو طبعة فاخرة ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالضمان ، ويجوز لكل من الناشرين الرجوع عليه بالتعويض . وإذا قام الناشر الأول بنشر الكتاب ، وعلم الناشر الثاني بعقد النشر الأول ، فليس له أن يقوم بنشر الكتاب مرة أخرى ولو كان وقت أن تعاقد مع المؤلف حسن النية ، أى لا يعلم بأن المؤلف قد تعاقد مع الناشر الأول على نشر الكتاب . وكل ما للناشر الثاني هو أن يرجع على المؤلف بفسخ العقد والتعويض . أما إذا نشر الناشر الثاني الكتاب بالرغم من علمه بعقد النشر الأول ، فإنه يجوز للناشر الأول أن يطلب مصادرة النسخ التى طبعها الناشر الثاني ، وأن يرجع عليه وعلى المؤلف بالتعويض ، على الأول بموجب المسئولية التقصيرية وعلى الثاني بموجب المسئولية العقدية^(١) . بقی أن ينشر كل من الناشرين الكتاب وهو حسن النية ، أى لا يعلم كل منهما بعقد النشر الصادر إلى الآخر . ففى هذه الحالة لا يكون أحد منهما قد ارتكب خطأ بالنسبة إلى الآخر ، ومن ثم لا يجوز لأحدهما أن يرجع على الآخر بتعويض . ويرجع كل منهما بالتعويض على المؤلف لأنه أخل بالتزامه بالضمان نحو كل منهما ، فيكون ملزماً بتعويض

= أو أحدهما فى إخراج فيلم متكلم من الرواية المذكورة ، وبالتالى ليس لمؤلف قصة عادية أن يعارض فى إخراج فيلم سينمائى عن موضوع ما كتب ، لأن الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ليست ملكاً لأحد ، أما الحوار والأسلوب فطبيعتها مختلفتان (مصر الوطنية مستمجل ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ : ويلاحظ أن الحكم شمل كلا من مؤلف الرواية والناشر . أما الناشر فصحيح ، وأما مؤلف الرواية فيبدو أن حقه يقوم حتى بالنسبة إلى فيلم سينمائى يقتبس من روايته ويأخذ منها الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ، فهذه كلها ملك للمؤلف ، لا كما تقول المحكمة إنها ليست ملكاً لأحد) .

وإذا تعاقد المؤلف على نشر مؤلفه ، فإن ذلك يمنحه من إعادة نشر المؤلف ولو فى مجموعة تنتظم كل أعماله ، وذلك ما لم يقض العرف بغيره (Pouillet فقرة ٢٩٩ - Lardeau ص ١٤٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ وهامش ٢ - السين ٢١ فبراير سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٧ - ٣ - ٦٩) .

(١) أنجيه ٣ مايو سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٥٨٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ

Prop. Lit. et Atr. فقرة ٢٤٣ .

كل من الناشرين عن الضرر الذى أصابه من جراء منافسة الناشر الآخر له ، ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن الناشر ادعاء الغير بأن العمل الأدبى أو الفنى محل النشر مسروق كله أو بعضه^(١) أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسؤولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع ادعاء الغير ، كان للناشر أن يرجع عليه الضمان وفقاً للقواعد المقررة فى المسؤولية العقدية .

§ ٣ - التزامات الناشر

١٩٠ - **التزامات الناشر :** يلتزم الناشر بموجب عقد النشر بما يأتى :
(١) طبع المؤلف ونشره . (٢) احترام حقوق المؤلف المالية . (٣) احترام حقوق المؤلف الأدبية .

١٩١ - **الالتزام الأول - طبع المؤلف ونشره :** يترتب على عقد النشر ، حتى لو كان بيعاً ، التزام فى ذمة الناشر بأن يقوم بطبع المؤلف المعهود إليه به ونشره . فلا يكتفى أن يقوم الناشر بالتزاماته المالية نحو المؤلف ، بل يجب فوق ذلك ، بل وقبل ذلك ، أن يقوم بالتزامه من طبع الكتاب ونشره^(٢) ، فإن هذا التزام أساسى يترتب على عقد النشر . والمؤلف عندما قدم كتابه للنشر لم يقصد الاقتصار على جنى الربح المادى ، بل قصد إلى جانب ذلك ، نشر الكتاب بين أفراد الجمهور ، وله فى ذلك مصلحة أدبية لا تخفى . فلو أن الناشر عرض على المؤلف أن يدفع له ما اتفق عليه معه من أجر كاملاً ، وامتنع فى الوقت ذاته عن طبع الكتاب ونشره ، فإنه يكون قد أخل بالتزام أساسى ، ترتب فى ذمته بموجب عقد النشر ، ومن ثم يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر ، ويتمكن المؤلف بعد ذلك أن يتعاقد مع ناشر آخر على نشر الكتاب^(٣) .

(١) بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ .

(٢) السين ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٣) باريس ٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٩ - ١٧٥ - ٣ مارس سنة ١٩٢٠ Ann. ١٩٢١ - ٧٠ - ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٥٤٥ - السين ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ =

ويلتزم الناشر بطبع المؤلف ونشره في الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد معين حددت المحكمة الميعاد ، مراعية في ذلك طبيعة العمل الأدبي أو الفني المطلوب نشره والظروف المحيطة بالمؤلف وبالناشر وبوجوب ألا يفقد الكتاب أهميته إذا تأخر نشره . فإذا تأخر الناشر في طبع الكتاب ونشره عن الميعاد الواجب ، كان للمؤلف الحق في طلب التعويض ، بل له الحق في طلب فسخ العقد إذا كان للفسخ مقتضى مع التعويض^(١) .

وإذا حصل الناشر على الحق في إعادة طبع الكتاب مرات متعددة ، وجب عليه عندما تقارب نسخ الطبعة على النفاذ أن يشرع في الطبعة التالية ، وذلك ما لم يكن الكتاب قد فقد أهميته في نظر الجمهور ولم يعد ينتظر له الرواج إذا ما أعيد طبعه^(٢) . بل إنه قد قضى بأنه يجوز للمؤلف ، إذا تحقق من نفاذ نسخ الكتاب ومن أن الناشر لا يعتزم إعادة طبعه ، أن يعتمد إلى العمل على نشره بنفسه أو أن يعهد إلى ناشر آخر بالنشر ، دون حاجة إلى رفع دعوى بفسخ العقد^(٣) . وكثيراً ما يعتمد المؤلف إلى وضع شرط في عقد النشر يقضى بأنه إذا تأخر الناشر عن إعادة طبع الكتاب في خلال المدة المعقولة ، أو إذا نفدت نسخ الكتاب ولم يعد الناشر طبعه في خلال مدة معينة من وقت إعداده بإعادة الطبع ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، واسترد المؤلف حقه إعادة طبع الكتاب دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك^(٤) .

Ann. = ٩٩ - ١٧٥ - Pouillet - ٣٠٨ - وقد ذهبت بعض المحاكم إلى مدى بعيد في هذا المعنى ، إلى حد أنها لم تعف الناشر من المسؤولية عن عدم طبع الكتاب ونشره ، حتى لو تدرج بأن الكتاب قد ورد فيه ما يخل بالأمن العام أو يتعارض مع الآداب العامة أو قد ورد فيه ما يعتبر قذفاً في حق الغير وبأن نشره قد يعرضه للمسئولية (باريس ٥ مايو سنة ١٨٥٨ Ann. ٥٨ - ٢٢١) . ولكن الصحيح أن الناشر في هذه الحالة أن يطلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام أو للآداب ، فيتخلل بذلك من الالتزام بطبعه ونشره (باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٩ - ٦١ - السين ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٣ Ann. ٦٣ - ١١٠) .

(١) وقد قضى بأنه إذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة ، وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تناهز ثلاث سنوات ، جاز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد وأن يسترد الأصول والرسوم ، وأن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال الناشر بالتزامه (السين ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ٤١٨) .

(٢) Pouillet - ٣٠٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. - ٢٤٩ -

(٣) السين ١١ يولييه سنة ١٩٣٩ جازيت دي پاليه ١٩٤٠ - ١ - ٣١ .

(٤) باريس ٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ - ٧٥٩ - السين ٣١ مارس سنة ١٩٥٢

دالوز ١٩٥٢ - ٤٢٩ .

١٩٢ — الالتزام الثاني — احترام حقوق المؤلف المالية : وقد قدمنا

أن المؤلف تكون له حقوق مالية يستمدّها من عقد النشر. فهو إذا كان قد باع حقوقه للناسر ، سواء في جميع الطباعات أو في طبعة معينة ، كان له الحق في الثمن يتقاضاه من الناسر . وإذا أخل الناسر بالتزامه ، جاز للمؤلف أن يطلب التنفيذ عيناً . وله كذلك أن يطلب فسخ العقد واسترداد نسخ الكتاب من الناسر مع التعويض ، وللناسر أن يرجع عليه بنفقات الطبع إن كان هو الذي دفعها ، وتقع مقاصة بين هذه النفقات والتعويض المستحق للمؤلف بمقدار الأقل منهما طبقاً للقواعد المقررة في المقاصة^(١) .

وقد يقتصر الناسر على أن يكون مقاولاً يقوم بطبع الكتاب ونشره في مقابل أجر يتقاضاه من المؤلف . ففي هذه الحالة يخصم الناسر الأجر المستحق له ، وكذلك نفقات طبع الكتاب إذا كان هو الذي قام بهذه النفقات ، من ثمن ما يباع من النسخ ، ويرد الباقي للمؤلف . ولهذا الأخير عند الاقتضاء أن يطلب من الناسر تقديم حساب مفصل عن نفقات الكتاب وما بيع منه من النسخ ، لاستيفاء حقه^(٢) . كذلك له أن يطلب تقديم حساب في مواعيد دورية عن النسخ التي بيعت من الكتاب ، وعند الخلاف تعين المحكمة المواعيد الدورية التي يقدم فيها الحساب^(٣) .

وإذا كان المؤلف هو المقاول ، وقد أعطى للناسر مقالا أو بحثاً ينشر في مجلة أو جريدة أو مجموعة من البحوث ، فإن له أن يتقاضى الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب تطبيق المادة ٦٥٩ مدني وتنص على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٦٠ مدني فيما يتعلق بتقدير أجر

(١) وإذا اتفق المؤلف مع الناسر على عدد النسخ التي تطبع من الكتاب وسعر النسخة ، وعلم صاحب المطبعة الذي قام بطبع الكتاب بهذا الاتفاق ومع ذلك خالف الشروط المتفق عليها ، فإنه يكون مسئولاً مع الناسر نحو المؤلف (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) .

(٢) قفص فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢١ Ann. ١٩٢١ - ١ - ٢٧٥ .

(٣) السين ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢١٧ - بودري وقال ٢ فقرة ١٨١ ص ١٢٢٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٠ ص ٥٥١ .

المهندس المعماري وتنص على ما يأتي: « فإن لم يحدد العقد هذه الأجر ،
وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري » . فيقاس أجر المؤلف على أجر المهندس
المعماري وكلاهما ذو مهنة حرة ، ويقدر القاضي أجر المؤلف حسب قيمة
العمل ، ويرجع في ذلك إلى العرف الجاري .

١٩٣ — الالتزام الثالث — احترام حقوق المؤلف الأدبية : ويلتزم

الناشر باحترام حقوق المؤلف الأدبية . فلا يجوز له أن يجري تعديلاً في العمل
الذي ينشره ، لا بالحذف ولا بالإضافة ، بغير إذن المؤلف^(١) . كذلك
لا يجوز للناشر ، بغير إذن المؤلف ، أن يغير عنوان الكتاب ، أو أن يجري
تعديلاً فيه^(٢) .

ويجب على الناشر أن يضع على الكتاب الاسم الذي اختاره المؤلف
لنفسه^(٣) ، سواء كان اسمه الحقيقي أو كان اسماً مستعاراً . وللناشر أن يضع
إلى جانب اسم المؤلف ما يتميز به هذا من درجات علمية ومن مرتبات
الشرف ، إلا إذا أراد المؤلف عدم ذكر ذلك^(٤) .

أما غلاف الكتاب فيتمتع الناشر بالنسبة إليه بحرية أوسع . فله أن يضع

(١) باريس ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ Ann. ١٩٣١ - ٣٦٩ - ١٨ يولييه سنة ١٩٣٢
دالوز ١٩٣٤ - ٢ - ١٣٩ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ٢٥٧ - السين ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٣٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي
١٩٢٧ - ١٢٥ - ٦ و ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ جازيت دي پاليه ١٣ مايو سنة ١٩٤٩ (حق
مخرج الفيلم السينمائي في عدم قطع أجزاء منه بغير موافقته) - وموافقة المؤلف على التعديل
ضرورية فلا يجوز للناشر إجراء التعديل دون إذن مهما كان مقتضياً بأن التعديل ضروري وبأنه
يزيد في قيمة العمل ، فقد كان على الناشر قبل إبرام العقد مع المؤلف أن ينصح بإجراء هذا التعديل ،
فإن رفض المؤلف كان الناشر في حل من ألا يبرم العقد (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥١) .

(٢) السين ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ١٥٢ - ١٣ ديسمبر
سنة ١٩٠١ و ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ جازيت دي تريبينو ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ - ٢٧ ديسمبر
سنة ١٩٢٠ Ann. ١٩٢١ - ٢٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ Ann. ١٩٢٣ - ٨٨ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٢٤٣ - السين ٢٤ فبراير
سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٧ Pouillet- فقرة ٣١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٤) السين ١٢ مايو سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ٢٨ .

على الغلاف ما يرى وضعه من تلخيص لتعليقات النقاد أو أى تعليق آخر يرسم للقراء صورة من الكتاب تحبب إليهم قراءته . وله أن يغير ما يكتب على الغلاف فى كل طبعة من الطبعات ، حسبما يظهر له من الأثر الذى أحدثته الكتاب فى الطبقات السابقة . وله أن ينشر على الغلاف أسماء المؤلفات الأخرى التى قام بنشرها ، ولو كانت لغير المؤلف . بل له أن يستبدل فى طبعة تالية بأسماء المؤلفات الأخرى التى وضعها المؤلف أسماء المؤلفات التى قام الناشر بنشرها ، سواء كانت للمؤلف أو لغيره من المؤلفين الآخرين^(١) .

وللناشر فوق ذلك أن يصحح فى صلب الكتاب الأخطاء المطبعية التى تكون قد فات على المؤلف تصحيحها^(٢) . بل له أن يضيف تعقيبات فى حواشى الكتاب عما استجد من معلومات مستحدثة فيما يتعلق بالكتب التاريخية والعلمية ، وإذا كان الكتاب موضوعاً للتلاميذ والطلبة فله أن يجعله مسائراً لآخر منهج من مناهج التعليم^(٣) .

وإذا كشف الناشر بعد إبرام العقد أن الكتاب يحوى عبارات يعتبرها قذفاً فى حق بعض الناس أو يعتبرها موجبة للمسئولية ، فليس له أن يحذف هذه العبارات من تلقاء نفسه دون موافقة المؤلف . ولكن إذا رفض المؤلف الإذن ، يجوز للناشر أن يرفع دعوى ببطالان عقد النشر لمخالفته للنظام العام^(٤) .

§ ٤ - عقد العرض المسرحى

(Contrat de représentation)

١٩٤ - صور المقر المختلفة : يلجأ عادة مؤلف المسرحية أو مخرج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى نشر عمله على الجمهور بعرضه عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون^(٥) .

-
- (١) السين ٢ أبريل سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ - ٣٤٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥٣ .
- (٢) باريس ١٨ يونه سنة ١٨٨٣ Ann. ٨٥ - ٢٩٤ .
- (٣) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥٢ .
- (٤) السين ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ Ann. ١٩٢٢ - ٣٢٣ - Desbois فى حق المؤلف فقرة ٥٦٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥٢ .
- (٥) انظر فى النشر بطريق العرض السينمائى : استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م =

فيتعاقد المؤلف مع صاحب المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة على تقديم العمل إلى جمهور النظارة والمستمعين ، وهذا هو عقد العرض المسرحي .
وقد يتكفل المؤلف بالمصروفات ويكون من حقه تقاضي الإيراد من جمهور النظارة ، ويعطى لصاحب المسرح أو الفرقة التي قامت بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو القطعة الغنائية أو لصاحب قاعة السينما أجراً معيناً ، قد يكون مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . وفي هذه الحالة يكون العقد مقاولاً ، المقاول فيها هو صاحب المسرح أو الفرقة ورب العمل هو المؤلف .

ولكن الغالب هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون هو أيضاً مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . فيكون العقد في هذه الحالة عقد بيع لحق المؤلف في نشر عمله عن طريق المسرح ، أو عقد مقاوله إذا التزم المؤلف بوضع المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية في نظير جعل معين ، ويكون المقاول في هذه الحالة هو المؤلف وصاحب المسرح هو رب العمل .

وسواء كان العقد مقاولاً أو بيعاً ، فهو في الحالتين عقد عرض مسرحي (١) .

١٩٥ - التزامات المؤلف المسرحي : يلتزم المؤلف المسرحي بتسليم عمله لصاحب المسرح في الميعاد المتفق عليه ، أو في ميعاد معقول يحدده القاضي عند الخلاف . وإذا سلم العمل ، فإنه لا يستطيع بعد ذلك استرداده ، حتى في مقابل تعويض ، إلا بعد أن يتم التمثيل أو الأداء (٢) . وكذلك لا يستطيع إدخال

= م ٤٩ ص ٨٧-١٣ يوفيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢١٦ - وفي النشر بطريق تسجيل القطعة الغنائية في اسطوانات جراموفونية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ولو لم يذكر في الاسطوانة الغنائية أنها خاضعة لحقوق المؤلف ، إلا أنه إذا أدارها صاحب محل عام حتى يسمعها الجمهور ، وجب عليه التحقق من أنها وقعت في الملك العام وقد سقطت حقوق المؤلف (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .
(١) وقبل إبرام هذا العقد لا يجوز للمؤلف أن يرجع على صاحب المسرح بما صرفه من نفقات لعرض عمله على صاحب المسرح ابتغاء التعاقد معه ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦) .

(٢) Pouillet فقره ٧٨٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقره ٩٦٩ ص ٢١٧ .

أى تعديل فيه بغير موافقة صاحب المسرح^(١) ، وصاحب المسرح لا يستطيع أيضاً إدخال تعديل إلا بموافقة المؤلف أو إلا إذا اشترط ذلك مقدماً في عقد العرض المسرحي^(٢) .

ويكون التمثيل أو الأداء مرة أو أكثر ، بالمقدار الذى يتفق عليه بين الطرفين^(٣) . فإذا لم يتفق على عدد المرات ، كان لكل من الطرفين أن ينهى العقد بإخطار فى الميعاد الذى يقضى به العرف أو فى ميعاد معقول ، وذلك حسب القواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة . وإذا انتهى العقد بانتهاء عدد المرات المتفق عليها أو بالإخطار ، استرد المؤلف عمله من صاحب المسرح ، واستعاد حقه فى نشر العمل بعقد عرض جديد مع صاحب المسرح نفسه أو مع صاحب مسرح آخر .

ويضمن المؤلف المسرحي عمله . فلا يجوز أن يتعاقد مع صاحب مسرح آخر على نفس العمل^(٤) ، مادام العقد الأول قائماً ، سواء لأن مدته المعينة لم تنقض أو لأن صاحب المسرح لم يستنفد عدد المرات المتفق عليها . ويلتزم المؤلف كذلك بدفع أى تعرض من الغير يدعى أن له حقاً فى العمل محل العرض ، أو يدعى أن العمل مسروق أو أن فيه مساساً بالغير يوجب المسئولية .

١٩٦ - التزامات صاحب المسرح : ويلتزم صاحب المسرح بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو الغنائية فى الميعاد المتفق عليه ، أو فى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . فإذا تأخر صاحب المسرح عن القيام

(١) باريس ١٨ مارس سنة ١٨٣٥ جازيت دى تريبيو ١٩ مارس سنة ١٨٣٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ جازيت دى پاليه ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ .

(٣) ومع ذلك يجوز لصاحب المسرح أن يقف تمثيل المسرحية أو أداء القطعة الموسيقية أو الغنائية ، إذا قل إقبال الجمهور بحيث يصبح الدخل غير مجزٍ وترتب على ذلك خسارة للمؤلف وصاحب المسرح على السواء (السين ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ Le Droit ٣١ يناير سنة ١٨٩٧ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٩ مكررة - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

(٤) ولكن إذا باع مؤلف قطعة غنائية لآخر لاستعماله الشخصى فإن ذلك لا يمنع المؤلف من إعطائها لمسرح غنائى لعرضها على الجمهور ، ولا يجوز لمشتري القطعة الغنائية أن يعطيها هو لمسرح غنائى إذ لا يملك إلا الاستعمال الشخصى (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٧) .

بهذا الالتزام ، جاز للمؤلف إجباره على ذلك ، ويجوز له في سبيل إجباره الالتجاء إلى التهديد المالي . كما يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد ، واسترداد عمله مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال صاحب المسرح بالتزامه^(١) .

ويجب على صاحب المسرح أن يبذل الجهد اللازم لنجاح المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية ، فيقوم بالإعلان عنها إعلاناً كافياً ، ويعد المكان للنظارة إعداداً لائقاً ، ويكل تنفيذ العمل إلى فنانين قادرين على أدائه أداء مرضياً . ويغلب أن يكون هؤلاء الفنانون متفقاً عليهم بين المؤلف وصاحب المسرح . وللمؤلف الحق في توزيع الأدوار على الفنانين ، حسبما يراه مناسباً لاستعداد كل منهم وكفيلاً بنجاح العمل . وله كذلك حضور التجارب (البروفات) التي يقوم بها الفنانون قبل عرض العمل على الجمهور ، وإبداء الملاحظات التي يراها ، وعلى صاحب المسرح أن يعبر هذه الملاحظات العناية الكافية . والمؤلف هو الذي يبت فيما إذا كان العمل معداً لعرضه على الجمهور ، أولاً ليزال في حاجة إلى تجارب أو ترتيبات أخرى^(٢) . ومتى عرض العمل على الجمهور المرة الأولى ولم يبد المؤلف ملاحظات ، كان لصاحب المسرح بعد ذلك أن يعرضه المرات التالية من تلقاء نفسه دون معاونة المؤلف وذلك إلى أن ينتهي عقد العرض المسرحي^(٣) .

ويلتزم صاحب المسرح أيضاً بأن يؤدي للمؤلف الجعل المتفق عليه . فإذا كان عقد العرض المسرحي يجعل للمؤلف مبلغاً إجماليّاً معيناً يتقاضاه من صاحب المسرح ، وجب على هذا الأخير أن يدفعه للمؤلف في الميعاد المتفق عليه ، جملة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق . وإذا كان العقد يجعل للمؤلف نسبة مئوية من الإيراد ، وجب على صاحب المسرح أن يقدم للمؤلف حساباً

(١) ولكن صاحب المسرح لا يكون مسئولاً إذا منعه قوة قاهرة من تنفيذ التزامه ، كما إذا منعت الجهة الإدارية تمثيل المسرحية (باريس ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٣٥ سيريه ٣٦ - ٢ - ٨٢ - بودري وبارد ١ فقرة ٤٥٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٨٩ - محمد كامل مرسي. فقرة ٦٦١) .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٣) باريس ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٠ جازيت دي تريينو ٢٧ يونيو سنة ١٨٤٠ -

بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

مفصلاً عن إيراد الحفلة أو الحفلات التي أقامها تنفيذاً للعقد ، ويعطى للمؤلف النسبة التي يستحقها من هذا الإيراد^(١) .

وإذا كان المؤلف هو رب العمل وصاحب المسرح هو المقاول تعهد بأداء العمل مقابل مبلغ معين ، فإن المؤلف يكون له الحق في هذه الحالة في الاستيلاء على جميع إيراد الحفلة أو الحفلات المتفق عليها ، ويتحمل كل المصروفات ، وعليه أن يؤدي لصاحب المسرح الأجر المتفق عليه^(٢) .

المبحث الثاني

عقد النظارة(*)

(Entreprise de spectacles ou de jeux)

١٩٧ — عقد النظارة عقد مقاوثة في الأصل : كما يتعاقد صاحب

المسرح مع المؤلف على النحو الذي بسطناه فيما تقدم في عقد العرض المسرحي ، كذلك يتعاقد مع أفراد الجمهور وهم النظارة الذين يأتون لمشاهدة المسرحية أو الفيلم السينمائي أو لسماع القطعة الموسيقية أو الغنائية أو لمشاهدة غير ذلك من

(١) ويغلب أن يدخل في الأجر الذي يستحقه المؤلف عدد من تذاكر الدخول تعطى له دون مقابل ، ويكون له حق التصرف فيها لمن يشاء ، وتسمى بتذاكر المؤلف (billets d'auteur) : أنظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨ .

(٢) والتزامات صاحب المسرح لا تنتقل من تلقاء نفسها إلى من ينزل له صاحب المسرح عن مسرحه ، بل لابد من الاتفاق على ذلك مع صاحب المسرح الجديد وإقرار المؤلف لهذا الاتفاق ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في جواز الدين . وقد يتفق صاحب المسرح مقدماً مع المؤلف على جواز أن يحل أي شخص ينزل له عن المسرح محله في التزاماته ، ولا يكون هذا الاتفاق ملزماً لصاحب المسرح الجديد إلا إذا أقره (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨) .

(*) مراجع : Hesse القانون العملي للمسرح سنة ١٩٠٤ — Maignien et Fouquet المسرح وقوانينه سنة ١٩٠٩ — Crémieu المسارح والمشاهد التمثيلية سنة ١٩١٤ — سافاتييه قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل Astruc القانون الخاص والمسرح باريس سنة ١٨٩٨ — Peyronnet عقد النظارة مونبلييه سنة ١٩٠٥ — Falco حقوق نظارة المسرح وواجباتهم باريس سنة ١٩٠٧ — Jonquet المسئولية في عقد النظارة (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٩ .

الألعاب ووسائل التسلية ، وهذا ما تمكن تسميته بعقد النظارة (١) .

والعقد هنا عقد مقاوله أصلاً ، لأن صاحب المسرح يتعهد بالقيام بعمل هو تمثيل المسرحية أو القيام بأعمال التسلية الأخرى في مقابل أجر معين يدفعه من جاء يشهد هذه الأعمال . ويغلب أن تكون هناك مقاعد مخصصة للجلوس ، فيشمل العقد أيضاً إيجار المقعد الذي يجلس فيه العميل . ويترتب على أن العقد يتضمن إيجار المقعد أن صاحب المسرح يكون ضامناً لعيوب المقعد الخفية ، كما إذا كان موضوعاً في مكان لا يتمكن فيه العميل من مشاهدة المسرح ، أو كما إذا كان بالمقعد عيب سبب أذى للعميل كسهم خرق ملابسه . كذلك يكون صاحب المسرح مسئولاً باعتباره مؤجراً للمقعد عن التعرض القانوني الصادر من الغير كما إذا ادعى شخص آخر أنه هو صاحب المقعد ، وغير مسئول عن التعرض المادي كما إذا تعدى على العميل أحد النظارة . وفي كل هذه المسائل تسري قواعد الإيجار في ضمان العيوب الخفية وضمن التعرض . ولكن مهما يكن من أمر الإيجار فيما يختص بالمقعد ، فإنه عقد ثانوي ويتبع العقد الأصلي وهو عقد المقاوله . إذ المقعد ليس إلا وسيلة لتنفيذ عقد المقاوله ، الذي تعهد بموجبه صاحب المسرح أن يقدم للنظارة وسائل التسلية وهم جالسون في المقاعد المخصصة لهم (٢) ، وإذا تعارضت قواعد المقاوله مع قواعد الإيجار فإن قواعد المقاوله هي التي تسري لأن عقد المقاوله هو الأصل كما سبق القول (٣) .

على أن عقد النظارة قد يتمحض عقد مقاوله دون أن يقترن بعقد الإيجار ، فيما إذا لم تكن هناك مقاعد مخصصة لجلوس النظارة ، كما يقع في بعض الأحيان في ميادين السباق وفي مباريات الألعاب المختلفة (٤) .

(١) جاء في المعجم الوسيط وفي مختار الصحاح : النظارة مشدداً القوم ينظرون إلى الشيء — فرأينا هذا اللفظ مناسباً لتأدية المعنى المقصود .

(٢) وهذا ما يقع في عقد النقل ، فإن المسافر يكون له مقعد مخصص لجلوسه ، ولكن المقعد ليس هو الأصل في العقد بل الأصل هو نقل المسافر من مكان إلى آخر ، ولذلك لا يخرج عقد النقل عن أن يكون عقد مقاوله (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٩) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣ — وانظر الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٤) انظر في هذا المعنى بلانيون وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص ٢١٩ .

وقد يتمحض عقد النظارة ، على العكس من ذلك ، عقد إيجار ، فيما إذا لم يكن هناك عمل يؤدي ، بل يكون الغرض من العقد أن يستمتع النظارة بروية مشهد معين . فمن يدخل متحفاً أو محلاً أثرياً أو حديقة للحيوانات أو معرضاً ، إنما يبرم عقد إيجار لا عقد مقاوله ، لأنه ينتفع بشئ معين على وجه خاص في نظير أجره معينة^(١) .

١٩٨ - كيف يتم التعاقد مع النظارة : يصدر من صاحب المسرح إيجاب معروض على الجمهور (offre au public) ، يكون عادة عن طريق إعلانات الحوائط (affiches) والإعلانات في الصحف . وليست هذه الإعلانات دعوة إلى التعاقد فحسب ، بل هي إيجاب بات يتضمن الشروط الأساسية للتعاقد ، فيبين نوع وسائل التسلية وأية وسيلة منها بالذات (عنوان المسرحية أو الفيلم أو غير ذلك من وسائل التسلية) ، والتاريخ باليوم والساعة ، وأسماء الممثلين أو المغنين أو الموسيقيين أو غيرهم ممن يقومون بالأدوار الرئيسية ، والأجرة التي تتقاضى عن المقاعد المختلفة على تفاوت مراتبها . وهذه هي العناصر الرئيسية للتعاقد ، تكملها لوائح البوليس والعرف السائد . لذلك يعرض صاحب المسرح على الجمهور إيجاباً باتاً شاملاً لجميع عناصره ، لا مجرد دعوة للتعاقد ، كما سبق القول .

فإذا تقدم أحد أفراد الجمهور إلى شبك التذاكر^(٢) ، وطلب تذكرة لمقعد معين عارضاً أجره هذا المقعد ، فقد تم التعاقد إذ اقترن القبول بالإيجاب ، ووجب على صاحب المسرح أو من يمثله أن يعطى للعميل التذكرة التي يطلبها بعد أن يتقاضى منه الأجر . ولا يجوز لصاحب المسرح أن يرفض إعطاء التذكرة للعميل الذي يعرض عليه الأجرة المطلوبة ، إلا إذا كانت المقاعد قد حجزت جميعها من قبل ولم يبق هناك مقعد خال ، أو إلا إذا كان العميل يقع

(١) انظر في هذا المعنى بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٩ - بلانيسول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ .

(٢) جاء في المعجم الوسيط : الشبَّاك (بالضم) النافذة تشبك بالحديد أو الخشب ، والنافذة مطلقاً - وجاء فيه أيضاً : التذكرة (بالكسر) بطاقة يثبت فيها أجر الركوب في السكك الحديدية وما جرى مجراها ، والجمع تذاكر (محدثة) .

تحت حظر أعلن عنه صاحب المسرح كما إذا ذكر في الإعلانات أنه يحظر دخول من هو دون سن معينة محافظة على الآداب^(١).

ويجوز أن يتم التعاقد ثم يدخل العميل فوراً لمشاهدة التمثيل ، بأن يتقدم إلى شبك التذاكر في ميعاد التمثيل ويدفع أجرة مقعده ويدخل في الحال . كما يجوز أن يتم التعاقد قبل ميعاد التمثيل بيوم أو أكثر ، فيحجز العميل مقعداً مقدماً ويدفع أجرته . وفي الحالتين يعطى العميل تذكرة تحمل أهم شروط التعاقد ، فيذكر التاريخ باليوم والساعة وعنوان المسرحية ونوع المقعد ورقمه والأجرة . أما شروط التعاقد الأخرى ، فبعضها مذكور في الإعلانات التي أذاعها صاحب المسرح ، وبعض آخر يرجع فيه إلى لوائح البوليس ، والعرف^(٢) . والتذكرة هي سند التعاقد^(٣) ، وهي في الوقت ذاته مخالصة بالأجرة إذ جرت العادة أن العميل يدفع الأجرة عند تسليم التذكرة . وهي في يد العميل بمثابة السند لحامله ، فلا تخصص للعميل بالذات ، ويستطيع هذا

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢١٩ - وهناك رأى يذهب إلى أن الإعلان عن المسرحية ليس إلا دعوة إلى التعاقد ، وأن الإيجاب إنما يصدر من العميل ، فيكون صاحب المسرح حراً في أن يقبل أو يرفض التعاقد معه حتى لو وجدت مقاعد خالية (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ - محكمة كونيالك ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ جازيت دى پاليه ٩٥ - ٢ - ٥٢٢) . ولكن هناك اتفاق على أنه إذا كان صاحب المسرح حصل على التزام (concession) من البلدية أو من الدولة لاستغلال مرفق التمثيل المسرحي، فإنه يتعين عليه ألا يرفض التعاقد مع أى من أفراد الجمهور يتقدم إليه بالأجرة الممينة في مقعد خال (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٤٩ - لكس ١٦ يولييه سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ - ٢ - ٢٠٧ - نيس ٢ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ - ٢ - ١٩٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ هامش ٢) . ويبدو على كلى حال أن لصاحب المسرح أن يرفض التعاقد مع شخص يتقدم للدخول ويمرض الأجرة ، إذا كان هذا الشخص رث الثياب ، أو في حالة لا تليق بمستوى جمهور النظارة كأن تطلب امرأة معروفة باحتراف الدعارة الدخول في مرقص نلتقى فيه الأسرات من ذوى السمعة الحسنة . (٢) ولا يتم التعاقد إلا إذا تم الاتفاق على رقم المقعد إذا كانت المقاعد تحمل أرقاماً ، وإلا جاز للعميل استرداد الأجرة إذا كان قد دفعها لعدم الاتفاق على رقم المقعد (باريس محكمة الصلح ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ - ٢ - ٦٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٢ ص ٥٦٨) .

(٣) وذلك بالرغم من أن التذكرة لا تحمل توقيع صاحب المسرح ولا توقيع العميل ، ولكنها مع ذلك تقبل سنداً على صاحب المسرح جبرياً على العرف .

أن ينزل عنها للغير بتسليمها إياه ، وآخر حامل للتذكرة وهو الذى يتقدم بها فى الميعاد لدخول المسرح هو صاحب الحق فى المقعد . ويجوز أن يشترط صاحب المسرح أن تكون التذكرة غير قابلة للتحويل ، ويقع ذلك عادة فى التذاكر المجانية التى تعطى هدية لأشخاص بالذات^(١) . كذلك لا يجوز للعميل النزول عن مقعده للغير إذا كان مشتركاً (abonné) فى عدة حفلات ، لأنه يحصل فى هذه الحالة على خصم فى الأجرة يجعل الاشتراك ذا صفة شخصية^(٢) . ويبقى الاشتراك تغلب فيه صفة المقابلة على صفة الإيجار ، ومن ثم تسرى قواعد المقابلة عند التعارض ، فلا يكون هناك تجديد ضمنى عند انتهاء الاشتراك ، وكان يقع التجديد ضمنى لو سرت قواعد الإيجار^(٣) .

١٩٩ - التزامات صاحب المسرح : يترتب فى ذمة صاحب المسرح التزامات رئيسية ثلاثة : (١) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية . (٢) ضمان السلامة والهدوء للعميل . (٣) المحافظة على ما يودعه العميل عنده من أمتعة كمعطف أو مظلة أو قبعة أو عصا أو نحو ذلك .

(الالتزام الأول) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية : لتمكين العميل من مشاهدة المسرحية يلتزم صاحب المسرح أن يمكنه من الدخول إلى قاعة النظارة إلا إذا كان فى حال غير لائقة كما سيجىء^(٤) ، وأن يجعله يحتل المقعد الذى خصص له إذا كان هناك مقعد مخصص ، فلا يجوز أن يجبر على قبول

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ وهامش ٢ - باريس ١٢ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٢٣٢ .

(٢) Falco ص ٤١ - Maignien et Fouquet ص ٦ . ولكن إذا كان الاشتراك فى لوج أوبنوار - حيث لا تتعين أشخاص بذواتها لشغل المقاعد كما يتعين شخص بالذات لشغل مقعد معين - فإنه يجوز أن تتغير أشخاص النظارة فى كل حفلة من حفلات الاشتراك (Falco ص ٤٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢١) .

وإذا باع العميل مقعده للغير مخالفاً بذلك شروط التعاقد ، كان لصاحب المسرح منع المشتري من الدخول ، وكان لهذا الأخير - سواء منع من الدخول أو لم يرد استعمال التذكرة - أن يرجع على العميل بما دفعه له ثمناً للتذكرة (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٢) .

(٣) هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٨ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٩٩ - وإذا منع العميل بغير حق من الدخول ، استرد الأجرة التى دفعها مع التعويض (السين ٣ يوليه سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٨ - ٢ - ٨٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨) .

مقعد آخر^(١) إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك وكان المقعد المعروض على العميل أفضل من مقعده الأصلي أو مماثلاً له فلم تعد للعميل مصلحة في الاعتراض على تغيير المقعد^(٢). ويجب أن يكون المقعد في مكان يسمح للعميل بمشاهدة المسرحية ، وإلا جاز له طلب استبدال مقعد آخر به يستطيع منه أن يشهد المسرحية أو رد الأجرة التي دفعها مع التعويض^(٣) ، وذلك كله ما لم يكن العميل قد شاهد المقعد قبل ذلك ورضى بما فيه من عيب^(٤).

ويجب بعد ذلك أن يقدم صاحب المسرح للنظارة المسرحية أو وسيلة التسلية المعلن عنها ، ولا يجوز له أن يستبدل بها غيرها وإلا جاز للعميل أن يسترد الأجرة التي دفعها مع التعويض لإخلال صاحب المسرح بالتزامه . فإذا حالت قوة القاهرة دون ذلك ، كمنع الجهة الإدارية لتمثيل المسرحية أو مرض من يقوم بالدور الرئيسي فيها مرضاً مفاجئاً ، فالعميل الذي لا يقبل استبدال مسرحية أخرى بالمسرحية التي تعاقد عليها له أن يسترد الأجرة التي دفعها لأن صاحب المسرح هو الذي يتحمل التبعة وفقاً لقواعد المقاوله ، ولكن دون تعويض لأن القوة القاهرة هي التي منعت صاحب المسرح من القيام بالتزامه^(٥).

(١) Falco ص ٨١ - بودرى وقال ١ فقرة ٤١٣٣ - Peyronnet ص ٩٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - ولا يرجع العميل على الشخص الذي يحتل مقعده لإخلاله المقعد ، إذ لا توجد رابطة قانونية بينهما ، بل يرجع على صاحب المسرح . وعلى هذا الأخير أن يخلى له المقعد وإلا رد له الأجرة مع التعويض ، إذ أن صاحب المسرح مخطئ في إعطاء مقعد العميل لشخص آخر ، أو في توزيع عدد من التذاكر أكثر من المقاعد التي عنده . (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٣ - هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - السين ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ - ٢ - ١٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - محمد كامل مرمى فقرة ٦٦٣ - عكس ذلك بودرى وقال ٢ فقرة ١٤٣٣ (ويذهب إلى أنه لا يجبر العميل على قبول مقعد آخر غير مقعده الأصلي ، ولو كان مقعداً مماثلاً أو مقعداً أفضل ، وحتى لو كان ذلك في نظير خصم من الأجرة) .

(٣) قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٧ .

(٤) السين ١٣ يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - Falco ص ٨٧ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٣ مكررة - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ .

(٥) بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٢٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ - وانظر عكس ذلك وأن لصاحب المسرح في حالة القوة القاهرة أن يستبدل =

ويجب أن يقدم صاحب المسرح المسرحية كاملة دون أن ينتقص منها شيئاً ، إلا ما جرى العرف بالتسامح فيه من حذف بعض المشاهد غير الجوهرية^(١) . ويجب أن يكون القائمون بتأدية الأدوار الرئيسية في المسرحية هم بالذات الذين أعلن عنهم صاحب المسرح ، فلا يجوز استبدال غيرهم بهم^(٢) ، كما لا يجوز التعديل في توزيع الأدوار بينهم بل يجب أن يقوم كل منهم بالدور الرئيسي الذي أعلن عنه ، فإن كل هذه الأمور مسائل جوهرية دخلت في اعتبار العميل عند التعاقد^(٣) .

(الالتزام الثاني) ضمان السلامة والهدوء للعميل : ويضمن صاحب المسرح للعميل سلامته من أن يصاب بأذى من جراء وسائل التسلية التي يقدمها له ، أو بسبب وجوده في قاعة النظارة . فصاحب « السيرك » يضمن سلامة النظارة من أن تصيبهم بأذى الحيوانات التي تقوم بالألعاب ، وفي مصارعة الثيران يضمن صاحب الملعب للنظارة سلامتهم من أن تصيبهم الثيران بأذى^(٤) ، وإذا انهار سقف على العميل أو أصيب بشظايا زجاج كان صاحب المسرح مسئولاً عن ذلك . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لا تنقضي إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٥) .

= بالمسرحية غيرها دون أن يلزم برد الأجرة للعميل : Peyronnet ص ٨٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٤ .

(١) باريس ٤ مارس سنة ١٨٨٢ دالوز ١٨٨٢ - ٢ - ٢٤٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ .

(٢) حتى لو كان الاستبدال لقوة قاهرة كمرض الممثل الأصل ، وفي هذه الحالة يرد صاحب المسرح الأجرة للعميل ولكنه لا يدفع تعويضاً (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦) .

(٣) السين ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت دي تريبينو ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٦ - Peyronnet ص ٨٤ - Falco ص ١٢٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ - ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣ .

ولكن يجوز لصاحب المسرح أن يذكر في الإعلانات أو في تذاكر الدخول أن له الحق في تغيير الممثلين أو في تعديل توزيع الأدوار عليهم (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠٢ وهامش ٣) .

(٤) ويكون صاحب المسرح مسئولاً عن أى أذى يلحق النظارة بفعل القائمين بالتمثيل ، كما إذا أطلق أحد الممثلين عياراً نارياً فأصاب أحد النظارة ، حتى لو كانت الفرقة لا تعمل في المسرح بصفة دائمة بل كانت فرقة عابرة (troupe de passage) (مارسيليا ١٠ يولييه سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام إكس ٩١ - ٢ - ٢١٩ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٥) .

(٥) نانسي ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ٢ - ٢٥ مع تعليق لالو - ليون =

وكما يضمن صاحب المسرح سلامة العميل ، يضمن له كذلك الهدوء والطمأنينة حتى يتمكن من مشاهدة ما يقدم له من وسائل التسلية دون لغب أو ضوضاء تعكر عليه صفو المشاهدة . ويطبق صاحب المسرح لتحقيق ذلك لوائح البوليس ونظمه ، ويستعين عند الضرورة برجال الشرطة لحفظ النظام وإخراج المشاغبين^(١) .

(الالتزام الثالث) المحافظة على ما يودعه العميل : ويقع كثيراً أن يكون للعميل من الحوائج ما يحتاج إلى إيداعه ، كمعطف يخضعه أو مظلة أو عصا يتركها في مخزن الأمانات . فهذه يتسلمها صاحب المسرح أو ممثله ويكون مسئولاً عن المحافظة عليها مسئولية المودع عنده في الوديعة المأجورة ، فإنه يتقاضى عادة أجر أزهيداً عنها . وإذا كان النظام يقضى على العميل بإيداعها ، فإن الوديعة تكون وديعة اضطرارية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، وفي الحالات الأخرى تثبت الوديعة عادة بإبراز تذكرة تحمل رقماً (ticket) يتسلمها العميل عند الإيداع ، وذلك مهما بلغت قيمة الشيء المودع لأن العرف هنا يقضى بذلك^(٢) .

٢٠٠ — التزامات العميل : ويلتزم العميل بدفع الأجرة ، ويدفعها عادة عند تسليم التذكرة . وليس له أن يستردها حتى لو منعه حادث قهري من

= ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٢ - ١٧ مع تعليق جوسران - السين ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٧٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ - وفي جميع الأحوال التي يخل فيها صاحب المسرح بالتزاماته بحيث يترتب على هذا الإخلال أن يرد صاحب المسرح للعميل الأجرة مع التعويض ، يسقط حق العميل بالتقادم العادى ، ولكن يغلب أن يفسر سكوت العميل عن المطالبة بحقه مدة تزيد على المألوف في مثل هذه الظروف بأنه نزول ضمنى عن هذا الحق (قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٧) .

(٢) باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ - وانظر في إيداع الشخص معطفه وعصاه ونحو ذلك في مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح ما يلي عند الكلام في الوديعة الاضطرارية فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٨ .

مشاهدة المسرحية ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر^(١) . ولكن له أن ينزل عن مقعده لمن يشاء كما قدمنا ، بمقابل أو بغير مقابل ، وذلك ما لم يكن قد أعطى التذكرة مجاناً على سبيل الهدية فلا يجوز النزول عنها للغير وقد سبق بيان ذلك^(٢) ، ويلتزم العميل أيضاً بأن يحافظ على الهدوء والنظام وهو يشاهد المسرحية ، فلا يحدث ضوضاء أو جلبة تعكر الهدوء على النظارة . وإذا كان النظام يقضى بنخل غطاء الرأس — لاسيما بالنسبة إلى السيدات — وبأن يمنع التدخين ، وجب عليه أن يراعى ذلك . ويلتزم بوجه عام ألا يأتي عملاً يكون من شأنه أن يحول دون تمكن النظارة ، وبخاصة من يجاوره منهم ، من الاستمتاع بالمسرحية ، فلا يجلس في مقعده في وضع يكون من شأنه أن يحرم من مشاهدة المسرح من يجلس خلفه من النظارة ، إلا إذا كان العيب لا يرجع إليه بل يرجع إلى الوضع الطبيعي للمكان . ولا يتحدث بصوت عال في أثناء التمثيل ، فيشوش على جيرانه . وإذا قضى النظام ألا يدخل قاعة التمثيل متأخراً أو يغادرها مبكراً حتى لا يعكر السكينة في أثناء التمثيل ، وجب عليه أن يراعى ذلك^(٣) .

وقد يمنع النظام النظارة في أثناء التمثيل من إبداء علامات الاستحسان بالتصفيق أو علامات الاستهجان بالتصفير ، فلا يجوز في هذه الحالة للعميل أن يأتي شيئاً من ذلك إلا عند نهاية التمثيل أو عند نهاية كل فصل من فصوله ، حيث لا يكون لتصفيقه أو لتصفيره أثر في تعكير الهدوء الواجب في أثناء تأدية الممثلين لأدوارهم . وإذا لم يوجد نظام يمنع من ذلك ، وجب عليه ألا يبالغ في تصفيقه أو في تصفيره حتى لا يشوش على النظارة^(٤) . والجزاء على مخالفة.

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ — باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ — ولا يجوز للعميل أن يطلب حضور حفلة أخرى بدلا من الحفلة التي تغيب عنها ، وإذا ادعى أن التذكرة أعطيت له خطأ عن حفلة غير الحفلة التي طلبها فعليه إثبات ذلك (باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه — بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٨ .

(٣) السين ١٩ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ — ٢ — ٢٨٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

(٤) نقض فرنسي جنائي ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ — ١ — ٢٨٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

النظام في كل ما تقدم هو حق المسرح في طرد العميل الذي يخل بالتزامه دون أن يرد له الأجرة ، وهذا ضرب من ضروب فسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين مع احتجاز الأجرة على سبيل التعويض ، وإن كان أمر الفسخ متروكاً هنا للمتعاقد الآخر دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ، لما يجب من السرعة في تنفيذ الفسخ وجرياً على العرف (١).

المبحث الثالث

العقد مع رجل الأعمال (*)

Contrat passé avec un agent d'affaires

٢٠١ — صور مختلفة للتعاقد مع رجل الأعمال : قد يتعاقد شخص

مع رجل من رجال الأعمال على أن يؤدي له خدمة معينة في مقابل أجر معين ، فيكون العقد في هذه الحالة عقد مقاول . وقد يتضمن عقد وكالة إذا دخل في الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانوني ينوب فيه عن المتعاقد معه ، فيكون العقد في هذه الحالة مزيجاً من مقاوله ووكالة (٢) .

(١) السين ٣١ يولييه سنة ١٨٩٧ سيرييه ٩٨ - ٢ - ٨٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ .
وقد يقضى النظام على النظارة أن يرتدوا ملابس السهرة في بعض الحفلات ، فيجب على العميل أن يرتدى هذه الملابس ، ويكون لصاحب المسرح الحق في منعه من الدخول دون أن يرد له الأجرة إذا لم يرتدها (السين ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٢ داللو ١٩٥٣ - ٣٥٣) - وإذا لم تشترط ملابس خاصة ، كان للعميل أن يرتدى ملابسه العادية ، ولا يجوز منعه من الدخول إلا إذا كان في حالة غير لائقة يتأذى منها جمهور النظارة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٣) .

(*) مراجع : قال في الوساطة في الزواج بحث في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها - تعليقه في سيرييه ١٩٠٥ - ١ - ٢٨١ - وفي سيرييه ١٩٠٥ - ٤ - ٥ - Saumien بحث في مسئولية وكالات الاستعلامات التجارية في حولية القانون التجاري ١٣ سنة ١٨٩٩ - جيوار في عقد الوكالة فقرة ١٦٦ وفي عقد البيع ١ فقرة ١٣٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٣١١ - فقرة ٣١٢ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٣٩ - فقرة ٤١٧٤ .
(٢) فإذا عهد شخص لرجل أعمال بإيجاد مشتر لمقاره ويعقد الصفقة معه كوكيل عن البائع ، كان العقد مزيجاً من المقاوله (السمسرة) والوكالة (السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ Droit ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٤٣ ص ١٢٠٥ وهامش ٢) .

وصور التعاقد مع رجل الأعمال مختلفة متنوعة . فقد يتعاقد شخص مع مكتب توظيف (bureau de placement) ليقدم له من يحتاج إليهم من الخدم ، في مقابل أجر يتقاضاه المكتب^(١) . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال على أن يحصل الديون التي له في ذمة طائفة معينة من مدينيه ، في مقابل أجر يتقاضاه رجل الأعمال^(٢) .

وقد يتعاقد شخص مع وكالة استعلامات (agence de renseignements) لتقديم معلومات عن ملاءة تاجر معين أو عن سمعته التجارية في السوق أو عن سمعة شخص يريد الدخول معه في شركة أو نحو ذلك من المعلومات ، في مقابل أجر تتقاضاه وكالة الاستعلامات^(٣) . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لإثبات حقوق الأول في تركة والاستيلاء على هذه الحقوق وتسليمها لصاحبها ، في مقابل مبلغ معين من المال أو في مقابل حصة من نصيب الوارث^(٤) . وقد يتعاقد شخص مع آخر على أن يكون وسيطاً له في اختيار زوجة صالحة — وهذا ما يسمى بعقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) — وذلك في نظر أجر معين^(٥) . وقد يتعاقد صاحب المسرح مع رجل أعمال على أن يقدم له أشخاصاً يشهدون

(١) ويكون العقد مقاوله (باريس ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دي پاليه ٩٥ - ١ - ١٦٤ - السين ٢٨ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دي پاليه ٩٥ - ٢ - ١٨٢) .

(٢) ويكون العقد مقاوله إذا اقتصر رجل الأعمال على العمل المادى ، وهو تحصيل الديون وإعطاء مخالصة موقعة من الدائن . أما إذا جاوز ذلك إلى قبض الديون نيابة عن الدائن وإعطاء مخالصة بها موقعة بإمضائه بوصفه وكيلًا ، كان العقد وكالة (أورليان ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ Loi ٦ مارس سنة ١٨٩١ - دربه ٢٠ أبريل سنة ١٨٩١ Driot ٨ سبتمبر سنة ١٨٩١ - السين ٤ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دي پاليه ٩٣ - ١ - ٢٩٢) .

(٣) ويكون العقد مقاوله (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ - عكس ذلك السين ٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ٢ - ٩٩) .

(٤) ويكون العقد مقاوله (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤١) . وقد قضى بأن العقد هنا عقد من نوع خاص (sui generis) ، وليس بعقد مقاوله (باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٣) . وذهب بعض إلى أن العقد وكالة (بورديو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - جيوار في الوكالة فقرة ١٦٦) .

(٥) ويكون العقد مقاوله (بودرى وقال ١ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ - عكس ذلك السين ٣ مارس سنة ١٨٩١ جازيت دي پاليه ٩١ - ٢ - ٥٢٧) .

تمثيل مسرحيه ويشجعون القائمين بالتمثيل بهتافات الاستحسان من وقت لآخر (entreprise de succès dramatique) ، في مقابل أجر معين (١) .
والسمسرة (courtage) بمختلف أنواعها - السمسرة في شراء العقارات وبيعها وفي إيجارها واستئجارها وفي عقد الصفقات المختلفة والقروض والرهنيات وما إلى ذلك - ليست إلا عقد مقاوله مع رجل من رجال الأعمال هو السمسار ، تخصصت بكيان ذاتي فأصبحت عقداً مسمى ويدعى بعقد السمسرة ، وهي من مباحث القانون التجارى فلا شأن لنا بها هنا .

٢٠٢ - متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً : ويكون التعاقد

مع رجل الأعمال صحيحاً إذا استوفى شروط الصحة وفقاً للقواعد العامة ، وأهم هذه الشروط أن يكون محل التعاقد مشروعاً ، فلا يكون مخالفاً للنظام التام أوللاًداب .

وهناك عقود لا شك في بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أوللاًداب . مثل ذلك التعاقد مع شخص لاستغلال نفوذه في الدوائر الحكومية للحصول على صفقة أو ترخيص أو وظيفة أو نحو ذلك ، فهذا تعاقد باطل لمخالفته للنظام العام (٢) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع صحفي على أن يقود حملة صحفية لترشيحه لوظيفة معينة ، أو على أن يروج لشركة حتى تباع أسهمها ، وذلك في مقابل أجر معين ، فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للنظام العام (٣) . ومثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر ليحصل له على رخصة لإدارة منزل للدعارة أو لإدارة ناد للقمار ، فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للآداب .

وهناك عقود لا شك في صحتها ، كالتعاقد مع مكتب الترخيم ، والتعاقد على تحصيل الديون ، والتعاقد مع وكالة استعلامات للحصول على معلومات

(١) ويكون العقد مقاوله (باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٤٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٩٧) .

(٢) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ٥٠٩ - السين ٢٦ يوليه سنة ١٨٩٤ جازيت دي پاليه ٩٤ - ٢ - ٢٨٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٧ وفقرة ٤١٩٧ مكررة .

(٣) Rodez ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دي پاليه ٩٥ - ١ - ٦٣ - السين ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دي پاليه ٩٥ - ٢ - ٤١ .

معينة ، والتعاقد مع سمسار لشراء عقار لبيعه ، ونحو ذلك أو من العقود التي لا تقوم شبهة في مشروعيتها محلها .

وهناك عقود قد يقوم الشك في صحتها ، ونسوق في هذا الصدد أمثلة ثلاثة : (١) عقد الهتافة . (٢) وعقد إثبات حقوق الميراث . (٣) وعقد الوساطة في الزواج .

١ - عقد الهتافة (contrat de claquer) : كان القضاء الفرنسي يذهب إلى أن العقد الذي يتم بين صاحب المسرح وكبير الهتافة ، ويقضى بأن يخصص صاحب المسرح مقاعد للهتافة (claquer) يشهدون التمثيل ويصفقون للممثلين ترويحاً للمسرحية وعملاً على إنجاحها في مقابل أجر معين ، عقد باطل لمخالفته للآداب ، إذ هو من شأنه أن يدخل الخديعة والغش على جمهور النظارة حتى يروا حسناً ما ليس بالحسن (١) . ولكن الظاهر أن هذا الرأي قد عدل عنه إلى الرأي العكسي ، وأصبح عقد الهتافة يعتبر صحيحاً « لأن الهتافة - كما ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) - قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين » ، ولأن هذا التشجيع إذا صادف أهلاً كان في محله ، وهو على كل حال لن يندع النظارة وقتاً طويلاً ، وإذا شجع الفنان المبتدئ وكان ذا مواهب جديفة أفاده التشجيع كثيراً وساعده إلى حد بعيد على إظهار مواهبه (٣) .

٢ - عقد إثبات حقوق الميراث (contrat d'établissement des droits héréditaires) : ونميز هنا بين صورتين لهذا العقد . (الصورة الأولى) أن يكون الوارث عالمآ بحقه في الميراث ، ولكن يشق عليه أن يصل إليه بجهد وحده أوليس عنده من المال ما يجب إنفاقه لإثبات حقه أمام القضاء . فيلجأ إلى رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالجهد الضروري وبأن ينفق المال اللازم لإثبات حق الوارث

(١) باريس ٢٣ يولييه سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ٥ - ٤٥٠ - ٨ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيرييه ٥٣ - ٢ - ٤٩٩ - ليون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ٢ - ٦٨ - السين ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٦ سيرييه ٩٦ - ٢ - ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ .

(٣) باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيرييه ١٩٠٠ - ٢ - ٤١٤ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٤٨ - الوسيط ١ فقرة ٢٤١ .

حتى يتمكن هذا من الاستيلاء عليه ، وذلك في مقابل مبلغ من المال يعطيه إياه الوارث بعد أن يصل إليه حقه ، أو في مقابل حصة معينة في حق الميراث ينزل عنها الوارث له . ولا شك في صحة العقد في هذه الصورة ، فهو عقد مقاوله محله مشروع^(١) . (والصورة الثانية) أن يكون الوارث غير عالم بحقه في الميراث ، فيتفق معه أحد النسابة (généalogistes) على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه وهو مجهله في مقابل أجر معين ، سواء كان مبلغاً معيناً أو حصة في هذا الميراث ، وهذا ما يسمى بالكشف عن الإرث (révélation de succession) . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث سرّاً حقيقياً لم يكن الوارث ليستطيع كشفه إلا عن طريق هذا النسابة ، فيكون الاتفاق صحيحاً لأنه يقوم على كشف سر حقيقي يعود بالنفع المحقق على الوارث وهو يدفع مقابلاً لذلك^(٢) . وإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث ليس بهذا القدر من الحفاء ، وأن الوارث كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه للميراث عن طريق آخر ، فلا يكون في الأمر سر لا يستطيع كشفه إلا النسابة ، ويكون محل التعاقد - وهو الكشف عن سر كان الوارث لا يستطيع أن يعلمه من طريق آخر - محلاً غير موجود ، ومن ثم يكون العقد باطلاً لانعدام المحل^(٣) .

(١) نقض فرنسي ٧ مايو سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٢٧٣ - باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٣ - بوردو ١٨ يوليو سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ ألوز ١٩٠٦ - ٥ - ٥ - نقض بلجيكي ١٢ يوليو سنة ١٨٩٤ ألوز ٩٦ - ٢ - ٤ - ريمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ - جيوار في البيع ١ فقرة ١٣٩ - لوران ١٦ فقرة ١١٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٣١٢ - بودري وثال ٢ فقرة ٤١٥ - ولكن يلاحظ أن الوارث إذا أبرم هذا العقد مع محام وجعل الأجر حصة في حق الميراث المتنازع عليه ، كان العقد باطلاً ، إذ تنص المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ - ولا يكون هذا المقابل قابلاً للتخفيض ، إذ العقد ليس بوكالة بل هو مقاوله . ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ (وقد قضت المحكمة بأن الأجر الذي يشترطه شخص على آخر في مقابل الكشف له عن وصية يكون خاضعاً لتقدير القاضي) .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٣ - بوردو ١٨ يوليو -

٣ - عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) : تجزئ هنا بما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد في الجزء الأول من الوسيط : « عقد الوساطة في الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع على رأى . . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء^(١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود^(٢) . والقضاء في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية^(٣) ببطالان العقد ، لاسيما في بلد كمصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل^(٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة^(٥) بصحة

-
- = سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٥ -
 ٥ - جيوار في الوكالة فقرة ١٦٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٥
 ص ١٢٠٦ - والوارث هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه في الميراث
 من طريق آخر (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦) .
- (١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٦ فقرة ١٥١ - لارديميرم ١١٣٣ فقرة ١١ -
 بقنوار ص ٥٤١ - عكس ذلك وأن العقد صحيح وسببه مشروع : بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ -
 بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٩ - قال في الوساطة في الزواج في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة
 ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها .
- (٢) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ١٤٧ - ومع ذلك انظر
 نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٢٤ - وانظر بودرى وقال ٢
 فقرة ٤١٤٩ ص ١٢٠٨ هامش ٢ .
- (٣) عابدين ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة
 مصر المختلطة ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .
- (٤) ويؤيد هذا الرأى والتون . جزء أول ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨ - محمد صالح في
 الالتزامات ص ٢٥٤ .
- (٥) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر
 المختلطة ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

العقد إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا إذا تم الزواج ^(١) . ويمكن القول ، فى عبارة أخرى ، بأنه إذا كان التزام الوسيط فى الزواج التزاماً بتحقيق غاية ، كان العقد باطلاً . أما إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية — أى ببذل العناية الممكنة للعثور على زوج صالح نجح أو لم ينجح — فإن العقد يكون صحيحاً ^(٢) .

٣٠٣ — التزامات رجل الأعمال : فإن تم التعاقد مع رب الأعمال صحيحاً على النحو الذى بسطناه ، ترتب على العقد التزامات فى ذمة رجل الأعمال ، وأخرى فى ذمة العميل .

ويلتزم رجل الأعمال بأن ينجز العمل المعهود به إليه ، وتسرى فى ذلك القواعد المقررة فى عقد المقاولة . فإذا ارتكب خطأ كان مسئولاً عنه مسئولية عقدية . مثل ذلك أن يعطى مدير مكتب الترخيم معلومات خاطئة عن الخادم الذى يقدمه ، أو عن السيد الذى يقدم له الخادم ، فيكون مسئولاً إذا نجم ضرر عن هذه المعلومات الخاطئة ^(٣) . ولكن رجل الأعمال الذى توسط فى إبرام عقد لا يكون مسئولاً عما يحدث بعد إبرام هذا العقد . فإذا توسط فى إيجاد عمل لشخص وتم عقد العمل فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء رب العمل بالتزاماته ^(٤) ، أو قدم للموَجَّر مستأجراً وتم عقد الإيجار فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء المستأجر بالأجرة ^(٥) ، ولا عن أن

(١) الوسيط ١ فقرة ٢٧٠ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥ .

(٢) ويترتب على ذلك أنه إذا لم يبذل الوسيط العناية الواجبة ، أى لم يقيم بالتزامه ، فإنه لا يستحق أجراً لأنه لم ينفذ العقد (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٢٠ - سيريه ١٩٠٥ - ١ - ٢٨١ مع تعليق قال - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٩ مكررة) .
(٣) باريس ١٧ يوليه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ - ٢ - ١٠٤ - السين ١٩ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٠١ .

(٤) ليون ١٢ يوفيه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ٢ - ٢٩٢ .

(٥) بورجو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بورجو ٩٥ - ٢ - ٢٤ .

العين المؤجرة كانت مشغولة من قبل بشخص مريض مرضاً معدياً إذا كان يجهل ذلك^(١) .

ويعتبر خطأ موجباً للمسئولية أن تعطى وكالة استعلامات لشخص تعاقد معها معلومات خاطئة عن ملاءة شخص معين أو عن سمعته . فإذا كانت المعلومات الخاطئة نتيجة خطأ من نفس الذى تعاقد مع وكالة الاستعلامات ، كأن أعطى للوكالة اسماً غير صحيح للاستعلام عنه ، فإن وكالة الاستعلامات لا تكون فى هذه الحالة مسئولة^(٢) . كذلك لا تكون الوكالة مسئولة إذا لم ينجم عن المعلومات الخاطئة ضرر للعميل^(٣) ، أو إذا اشترطت الوكالة عدم مسئوليتها بشرط ألا تكون قد ارتكبت غشاً أو خطأ جسيماً ، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن^(٤) . وترجع الوكالة ، إذا تحققت مسئوليتها عن المعلومات الخاطئة ، على من أعطاها هذه المعلومات عن سوء نية^(٥) . وإذا أفشى العميل هذه المعلومات الخاطئة ، مخالفاً بذلك التزامه بالمحافظة على سرية المعلومات ، كان مسئولاً نحو من أعطيت عنه المعلومات الخاطئة ، ونحو الوكالة التى أعطت له المعلومات إذا قضى عليها بالتعويض بسبب انتهاكه لحرمة السرية^(٦) . أما إفشاء العميل للمعلومات ، إذا كانت صحيحة ، فلا تترتب عليه أية مسئولية^(٧) .

(١) بوردو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بوردو ٩٥ - ٢ - ٢٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - وانظر بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٦٠ .

(٢) السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ٢ - ٩٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ Loi ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٦ .

(٣) السين أول يولييه سنة ١٨٩٣ جازيت ذى تريبينو ٢٩ أغسطس سنة ١٨٩٣ - باريس ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٩ - ٢ - ١١ .

(٤) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٦٢ - وإذا أعطى شخص لآخر معلومات خاطئة ، ولم يتقاض عن ذلك أجراً بل كان متبرعاً ، فإنه لا يكون مسئولاً إلا عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، وفقاً للقواعد المقررة فى عقود التبرع (باريس ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٨٩ - ٣ - ٣٣٢ - موبلييه ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٩٠ - ١ - ٣٩٠ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٦٦) .

(٥) بوردو الابتدائية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ - ٢ - ٢٦٠ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٦٥ .

(٦) باريس ٢١ يولييه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٦٢ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٦٣ - عكس ذلك باريس ٢٧ يولييه ١٨٩٧ Loi ١٧ مايو سنة ١٨٩٨ .

(٧) السين ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ Droit ١٨ يناير سنة ١٨٩٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ .

٢٠٤ — التزامات العميل : والعميل الذي تعاقد مع رجل الأعمال يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب مع ذلك على العميل أن يدفع لرجل الأعمال أجراً ، إذ الأصل أن هذا الأخير يعمل بأجر كسائر رجال الأعمال . ويرجع في هذه الحالة ، في تحديد الأجر ، إلى قيمة العمل ونفقات رجل الأعمال (م ٦٥٩ مدني) . ويراعى العرف أيضاً ، كما هو الأمر في أجر السمسار . ولكن يشترط أن يكون هناك عقد بين العميل ورجل الأعمال ، أما إذا تطوع رجل الأعمال فقدم خدمة للعميل دون أن يكون بينهما عقد فإنه لا يرجع عليه إلا بموجب قواعد الإثراء بلا سبب . ويرتب على ذلك أنه إذا اتفق شخص مع المالك على أن يبحث له عن مستأجر ، فعثر الشخص على مستأجر دون أن يتفق معه على أجر ، فإنه لا يستحق أجراً إلا من المالك (١) . ويكون الأجر مستحقاً لنجح رجل الأعمال في سعيه أو لم ينجح ، إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية ، بشرط أن يبذل العناية الواجبة . أما إذا كان التزامه التزاماً بتحقيق غاية ، فإنه لا يستحق الأجر إلا إذا نجح في سعيه (٢) . وإذا عين الاتفاق أجراً لرجل الأعمال ، لم يجوز تخفيضه ، لأن العقد مقاولة وليس وكالة ، والتخفيض لا يرد إلا على أجر الوكيل (٣) . ولرجل الأعمال أن يحبس ما يقع تحت يده من مال للعميل بسبب العقد وذلك حتى يستوفي أجره ، وفقاً للقواعد المقررة في حق الحبس .

المبحث الرابع

عقد الإعلان(*)

(contrat de publicité)

٢٠٥ — الصور المألوفة للإعلان — كيف يتم التعاقد على الإعلان :
إذا أراد التاجر الإعلان عن سلعته ، أو الصانع عن مصنوعاته ، أو المنتج

(١) مارسيليا الابتدائية ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام مارسيليا ٩٠ - ١ - ٣٣ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٥ .

(٢) قارن بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٣ .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٦ .

(*) مراجع : Duplat الجريدة وحياتها القانونية بروكسل سنة ١٩٠٩ - Hémet في

الإعلان التجاري والصناعي باريس سنة ١٩٥٠ .

لشيء مادي أو أدبي أو فني عن إنتاجه ، أو من يريد عقد صفقة عن الصفقة التي يريد عرضها على الجمهور ، فإنه يضع العبارات التي يختارها للإعلان ، ويتعاقد مع ناشر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذي يريده . وطرق نشر الإعلان مختلفة متنوعة . وأكثر هذه الطرق شيوعاً هي الإعلان عن طريق المطبوعات ، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت في الأرض أو فوق الأسطح ، والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة كالسينما والراديو والتلفزيون (١) .

فالإعلان عن طريق المطبوعات يتم بنشر الإعلان في مطبوعات دورية كالجرائد والمجلات ، أو في مطبوعات غير دورية كالكتب والنشرات ، وقد تكون النشرة مخصصة كلها للإعلان وحده . ويكون عقد الإعلان في هذه الحالة عقد مقاوله ، المقاول هو ناشر الإعلان - صاحب الجريدة أو المجلة أو الكتاب أو المطبعة - ويتعهد بطبع الإعلان في مطبوعاته وبتوزيعه على الجمهور مع توزيع هذه المطبوعات ، ورب العمل هو صاحب الإعلان يتعهد بدفع الأجر لناشر الإعلان (٢) .

والإعلان عن طريق اللصق أو التعليق يتم بلصق الإعلان على حائط مطبوعاً طبعاً عادياً أو بحروف مضيئة ، أو معلقاً على قوائم متينة في الأرض أو فوق أسطح العمارات العالية حيث يكون الإعلان عادة بحروف مضيئة

= رسائل : Feltaine في الإعلان التجاري كان سنة ١٩٠٣ - Demortain في عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ - Puybusque في عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ - Bourdais في الصحافة الحديثة والإعلان باريس سنة ١٩٣٩ - Worms في النظام القانوني للإعلان التجاري. (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٣ .

وانظر «تقنين قواعد العرف في الإعلان» (Code des usages de la publicité) وضعه رجال الأعمال ومحترفو مهنة الإعلان في فرنسا ، وصدر في سنة ١٩٢٢ .

(١) ويكون الإعلان أيضاً بطريق النداء على السلعة في الطرق العامة ، وبطريق مخاطبة الجماهير في صورة توجه الأنظار إلى الأمر المعلن عنه ، كحفلة تمثيلية أو مزاد في بعض المتاجر .
(٢) بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ Worms ص ٤٠ -
وذهب رأي إلى أن العقد إيجار ويقع على المكان الذي نشرفه الإعلان (Dreyfus حوليات الإعلان سنة ١٨٩٥ ص ١١٣) . ولكن هذا الرأي لا يعتد بأن ناشر الإعلان يتعهد ، لا فحسب بتخصيص مكان للإعلان ، بل أيضاً بالقيام بأعمال نشر الإعلان من طبع وتوزيع وما إلى ذلك .

حتى يتمكن الجمهور من قراءته . وإذا اقتصر صاحب العقار الذي يلصق فيه الإعلان أو يعلق على أن ينحصر للإعلان مكاناً في الأرض أو في الحائط أو فوق السطح ، على أن يقوم صاحب الإعلان بالأعمال اللازمة لللصق إعلاناً أو تعليقه مع تعهده بالصيانة ، فالعقد الذي يتم بين صاحب العقار وصاحب الإعلان يكون عقد إيجار للمكان الذي يلصق فيه الإعلان أو يعلق ، لأن صاحب العقار لا يلتزم إلا بتمكين صاحب الإعلان من الانتفاع بمكان معين لأغراض الإعلان ، وتسرى على العقد قواعد الإيجار^(١) . أما إذا تعهد صاحب العقار بالأعمال اللازمة لللصق الإعلان أو تعليقه وبتعهده الإعلان بالصيانة ، فقد التزم بالقيام بعمل في نظير أجر معين ، ويكون العقد في هذه الحالة مقاول^(٢) .

والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة يكون في كثير من الأحيان عن طريق السينما ، فيظهر الإعلان على الشاشة أو في صورة مشهد سينمائي ، وقد يكون مكتوباً على ستار مسرح السينما فيكون بمثابة الإعلان الملصق بالحائط أو المعلق على قائمة . وقد يكون بطريق الراديو بالسماع الصوتي ، أو بطريق التلفزيون بالسماع الصوتي والمشاهدة البصرية . ويكون عقد الإعلان في جميع هذه الفروض عقد مقاول ، والمقاول هو صاحب دار السينما ، أو إدارة الراديو أو التلفزيون ، ويتعهد بنشر الإعلان في مقابل أجر معين يدفعه رب العمل وهو صاحب الإعلان .

ويتم التعاقد على الإعلان بين صاحب الإعلان وناشره ، وناشر الإعلان هو المقاول وقد سبق تحديده في كل طريقة من طرق نشر الإعلان . ولا يوجد شكل خاص للعقد ، فهو عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب والقبول^(٣) ،

(١) نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١٣ - ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٦١ - ٣ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٥٧ - ١١ مايو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٤٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٧ ص ٥٥٨ .

(٢) نقض فرنسي ٢٦ مارس سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٣٥٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٦ ص ٥٥٩ .

(٣) ومحل التعاقد هو تحقيق عمل إعلاني (acte de publicité) (Demortain ص ٢١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٥) - فإذا لم تكن نية المتعاقدين تحقيق عمل إعلاني، وإنما =

ويثبت طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات (١) .

وقد يتعاقد صاحب الإعلان عن طريق وسيط بينه وبين الجريدة التي يتم فيها الإعلان : والوسيط قد يكون شخصاً تعاقد مع صاحب الجريدة في مقابل أجر معين على تخصيص مكان معين من جريدته للإعلانات التي يحصل عليها هذا الوسيط (fermier de la publicité) ، وفي هذه الحالة لا يعتبر الوسيط مستأجراً لهذا المكان من الجريدة كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ، بل هو ناشر وصاحب الجريدة ناشر من الباطن ، فهناك عقدان عقد مقالة مع صاحب الإعلان وعقد مقالة من الباطن مع صاحب الجريدة (٣) . وقد يكون الوسيط شخصاً مهمته أن يبحث عن إعلانات يقدمها لصاحب الجريدة (procureur de la publicité) ، ويغلب أن يكون الوسيط في هذه الحالة وكيل بالعمولة عن صاحب الإعلان (٤) . وقد يكون الوسيط وكيل إعلانات (agent de publicité) يتفق مع صاحب الإعلان على تنظيم حملة قوية من النشر حتى يصل الإعلان إلى علم الجرم الغفير من الناس ، وفي هذه الحالة

= التمهيد له وتحضير وسائله ، فليس العقد بعقد إعلان . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع صاحب مطبعة على طبع النشرات التي يعدها للإعلان دون أن يكلفه بتوزيعها ، فهذا عقد مقالة على الطباعة ، فإذا عهد إلى شخص بتوزيع النشرات فهذا عقد إعلان (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٦) .

(١) ويقع عادة أن يكون للجريدة أو للمجلة نظام خاص للإعلان يبين الشروط والأجرة ، ويعتبر هذا دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً باتاً معروضاً على الجمهور . ومن ثم يصدر الإيجاب في هذه الحالة من صاحب الإعلان ، ويصدر القبول من صاحب الجريدة أو المجلة . ويتربط على ذلك أنه يجوز لصاحب الجريدة أو المجلة أن يرفض قبول الإعلان ، ليس فحسب لأنه لم يعد هناك مكان خال لنشر الإعلان أو لأن نشره يعرضه للمستولية الجنائية أو المدنية أو الحق في الرد ، بل أيضاً لأن الإعلان لا يتفق مع اللون الذي اختاره لدوريته أو للآراء التي يعتنقها قراء هذه الدورية (السين ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٣ - ١١٢ - أميان ٢٠ يولييه سنة ١٩٢١ loi أول فبراير سنة ١٩٢٢ - نيم ١٣ مايو سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٤٠٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٠) .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٩٢ - Duplat - ص ٨١ .

(٣) Demortain ص ٢٠٥ - Worms ص ٤١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة

٩٧٨ ص ٢٢٩ .

(٤) Demortain ص ٢٢٣ - ٢٣٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨

ص ٢٣٠ .

يكون العقد بينه وبين صاحب الإعلان عقد مقالة (١).

٢٠٦ - التزامات ناشر الإعلان : إذا تم الإعلان بطريق اللصق والتعليق ، وكان العقد إيجاراً للمكان كما قدمنا (٢) ، تكون التزامات صاحب المكان هي التزامات المؤجر . أما إذا كان الإعلان عن طريق المطبوعات ، فإن ناشر الإعلان لا يلتزم فحسب بأن يقوم بطبع الإعلان ، بل يلتزم كذلك بأن يوفر له الأسباب التي توجه إليه نظر الجمهور طبقاً للشروط المتفق عليها بينه وبين صاحب الإعلان . فيجب أن ينشر الإعلان في المكان المتفق عليه من الجريدة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق في المكان المخصص عادة لمثل هذا الإعلان ، وبوجه عام في مكان ظاهر لا يخفى على من يبحث عادة عن الإعلانات المماثلة . ويجب أن ينشر الإعلان في التاريخ المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق في التاريخ الذي يتمكن فيه ناشر الإعلان من نشره ولا يكون مسئولاً إذا لم يتمكن من النشر فوراً (٣) . وينشر الإعلان العدد من المرات المتفق عليه ، فإن لم يتفق على عدد معين كان النشر مرة واحدة . وتتوقف قيمة الإعلان بدائمة على عدد النسخ الذي يوزع من الجريدة ، فإذا ضمن ناشر الإعلان لصاحبه توزيع عدد معين من هذه النسخ ، كان لصاحب الإعلان التحقق من ذلك ، وكان له أن يرجع بتعويض إذا ظهر أن الذي يوزع من الجريدة عدد أقل (٤) . ويجب أن ينشر الإعلان بالصيغة والشكل المتفق عليهما ، فلا يجوز لناشر الإعلان أن يدخل تعديلاً في الصيغة ولا في الشكل دون موافقة صاحب الإعلان ، وذلك ما لم يكن في صيغة الإعلان ما يستوجب المسئولية الجنائية أو المدنية فللناشر أن يرفض في هذه الحالة نشره في هذه الصيغة (٥) .

(١) Demortain ص ٢٤٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

(٣) السين ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ Loi ٢١ مارس سنة ١٩٢٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٥) وإذا تعاقد الناشر على نشر إعلان عن سلعة معينة ، فإن ذلك لا يمنعه من التعاقد على نشر إعلان عن سلعة منافسة ، بل إن ذلك لا يمنعه من نشر الإعلانين معاً أحدهما بعد الآخر في عدد واحد . ولا يمنعه ذلك من نشر مقال يبين مضار هذه السلعة بوجه عام ، مادام المقال لا يعين السلعة المعلن عنها بالذات ، بل يرمى إلى تثقيف الجمهور للمصلحة العامة . فيجوز نشر إعلان عن نوع =

ولا يجوز للناشر أن يكلف ناشرًا غيره بنشر الإعلان في جريدة أخرى بغير موافقة صاحب الإعلان ، فإن هذا الأخير قد قصد نشر إعلانه في جريدة بالذات تختلف عن الجرائد الأخرى في السمعة وسعة الانتشار . وإذا نزل صاحب الجريدة عن جريدته للغير ، فإن عقد النشر ينتقل منه إلى صاحب الجريدة الجديد ، حقوقاً والتزامات ، طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق وفي حوالة الدين ، ومن ثم يجب إقرار صاحب الإعلان لحوالة الدين حتى تكون سارية في حقه .

٢٠٧ - التزامات صاحب الإعلان : ويلتزم صاحب الإعلان بدفع الأجر المتفق عليه ، فإن لم يتفق على أجر معين وجب الرجوع إلى تعريف الإعلانات التي وضعها الناشر ويفترض أن صاحب الإعلان قد قبل أن يدفع الأجر بحسب هذه التعريف . والذي يقع عادة أن الناشر يضع تعريفة خاصة بالإعلانات ، تجعل الأجر يتفاوت بتفاوت عدد سطور الإعلان وبتفاوت المكان الذي ينشر فيه^(١) . ويدفع الأجر عادة مقدماً عند الاتفاق على الإعلان ، وقد يتفق على أن يدفع الأجر بعد انتهاء عدد مرات نشر الإعلان .

ويلتزم صاحب الإعلان أيضاً بأن يقدم صيغة الإعلان للناشر ، وما يلحق بالصيغة من إكلিশيات ونحوها ، في الوقت المتفق عليه . فإذا لم يتفق على وقت معين ، وجب على صاحب الإعلان أن يقدم الصيغة في الوقت المناسب بحيث لا يتأخر صدور العدد من الجريدة الذي يجب نشر الإعلان فيه عن أميعاده .

= معين من الخمر أو السجائر، ونشر مقال في الوقت ذاته يبين أضرار الخمر أو التدخين وينهى الناس عن ذلك (باريس ١٨ يونيو سنة ١٨٨١ Loi ٢٤ يونيو سنة ١٨٨١ - Demortain ص ١٦١ - Feltaine ص ١١٨ - قارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٩ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٤) .

(١) تولون الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ Loi ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٧ ص ٢٢٨ .

عقد الوكالة

(*)

تمهيد

٢٠٨ — التعريف بعقد الوكالة وخصائص هذا العقد — نص قانوني :
أوردت المادة ٦٩٩ من التقنين المدني تعريفاً لعقد الوكالة على الوجه الآتى :

(*) مراجع في عقد الوكالة : هيك ١٢ — ترولون ١٦ — بون في العقود الصغيرة ١٣ —
جيوار في عقود الفرر والوكالة الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ . بودرى وقال في عقود الفرر والوكالة
والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ —
بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ —
دى پاچ ٥ الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ —
كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — چوسران ٢ الطبعة الثانية
سنة ١٩٣٣ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ سنة ١٩٥٣ لفظ Mandat — فلاتيه في العقود لحساب
الغير باريس سنة ١٩٥٠ .

رسائل وبحوث : Lerebours-Pigeonnière رسالة من كان سنة ١٨٩٨ — Valéry في ميزات عقد
الوكالة في القانون المدني رسالة من إكس سنة ١٨٩٨ — Pilon في النيابة رسالة من كان سنة ١٨٩٨ —
Audinot في النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — Corbesco في النيابة رسالة من باريس
سنة ١٩١٣ — Boland في النيابة رسالة من لياج سنة ١٩٢٧ — Pobesco Ramnicéano في النيابة في
القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — Madray في النيابة في القانون الخاص رسالة من
بورديو سنة ١٩٣١ — Colin في تحديد الوكالة المأجورة رسالة من باريس سنة ١٩٣١ —
Faique Pierrotin في الوكالة وعناصرها المقومة رسالة من كان سنة ١٩٣٣ — Péan في جواز
تخفيض أجر الوكيل رسالة من رن سنة ١٩٣٦ — Marty في الوكالة دون نيابة في غير الاسم
المستعار رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ — Vallée في وكالة المحامى (ad negotia) رسالة من بورديو
سنة ١٩٤١ — Clarise في النيابة رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ — Sallé de la Karinière في الوكالة
اللازمة (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٧ ص ٢٤١ وما بعدها) — Léauté في الوكالة
الظاهرة (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٧ ص ٢٨٨ وما بعدها) .

مراجع مصرية : محمد كامل مرسى في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ — محمد على عرفة في التأمين
والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ ، أكرم أمين الخولى في الصالح والهبة والوكالة
سنة ١٩٥٧ — جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٤ —
نفس المؤلف دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص
الإسكندرية سنة ١٩٥٩ — عبد الباسط جيمعى في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة
سنة ١٩٥٦ .

وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطباعات الميمنة فيما تقدم .

« الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » (١).

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوكالة خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

١ - عقد الوكالة هو في الأصل من عقود التراضي ، وسنرى أنه يكون عقداً شكلياً إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي . وهو في الأصل من عقود التبرع ، وسنرى أنه يكون من عقود المعارضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً . أما في القانون الروماني فقد كان دائماً عقد تبرع . وهو عقد ملزم للجانبين ، ليس فحسب إذا اشترط أجر للوكيل ، بل أيضاً فيما إذا كانت الوكالة تبرعاً ، إذ أن الموكل يلتزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من الضرر ، وهذان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية ، وأصبح رقم النص ٧٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ - ص ١٩٠) . ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥١٢/٦٢٥ - ٦٢٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته ، ولا يتم العقد إلا بقبول الوكيل » . (ونص التقنين المدني القديم يتفق في مجموعه مع نص التقنين المدني الجديد ، إلا أن نص التقنين المدني الجديد أدق من ناحية تحديد محل الوكالة بأنه « عمل قانوني » ، ومن ناحية أنه إذا كان من الضروري أن يعمل الوكيل لحساب الموكل فليس من الضروري أن يعمل باسمه) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٢٧ : الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف

جائز معلوم (والتقنين العراقي يتفق في مجموعه مع التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦٩ ، الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل بقبضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال وأفعال . ويشترط قبول الوكيل . ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمناً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها . (والتقنين اللبناني يتفق في مجموعه مع التقنين المصري ، إلا أنه لا يحدد محل الوكالة بأنه تصرف قانوني) .

التزامان ينشآن كما سنرى من عقد الوكالة نفسه . وليس من الضروري أن تنشأ الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد^(١) . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ، ولا تنشأ التزامات في ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعرض عنه .

٢ - جاء في نص المادة ٦٩٩ مدنى المتقدم الذكر صراحة أن الوكيل يلتزم « بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » . وسنرى أن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود ، وبخاصة عن عقدى المقاولة والعمل ، هو أن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً (acte juridique)^(٢) ، في حين أن المحل في عقدى المقاولة والعمل هو عمل مادي (acte matériel)^(٣) . وهذا التصرف القانونى يقوم به الوكيل « لحساب الموكل » . وليس معنى ذلك أن يقوم به الوكيل حتماً باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب ، بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصى كما يقع في الاسم المستعار وفي الوكالة بالعمولة^(٤) ، ولكن يجب دائماً

(١) انظر عكس ذلك بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٥ - محمد على عرفة ص ٣٤٧ - وقارن أكم أمين الخولى فقرة ١٥٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٧٩ - ومع ذلك قارن نقض فرنسى ٤ ديسمبر ١٩٤٥ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢ - ٣١١٠ - ونقول « محل الوكالة الأصلي » ، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعاً للتصرف القانونى الذى وكل فيه ، كما إذا وكل في قبض الدين فإنه يجب في بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين . ولكن هذا لا يبنى أن مهمته الأصلية هي قبض الدين وهو تصرف قانونى لا عمل مادي ، ويظهر ذلك في وضوح إذا أصيب الوكيل في أثناء القيام بهذه الأعمال المادية التابعة للتصرف القانونى ، فإن إصابته لا تدخل في نطاق إصابات عقد العمل ، لأن العقد الذى يربطه بالأصيل هو عقد وكالة لا عقد عمل (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٨ - ص ١٩٩) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ ص ٨٥٢ وقرة ١٤٣٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ ولكن انظر ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٠ - جوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ - Falque Pierrotin ص ٢٦ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠ - فقرة ١١ - وقارن كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١٣١ وقرة ١٣٥٤) .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: « ويجب أن يعمل الوكيل دائماً »

أن يعمل الوكيل لحسابه الموكل لا لحساب الشخصى ، فيقدم عند انتهاء الوكالة حساباً للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة . ومن هذا نرى كيف تتميز الوكالة عن النيابة ، فهى تارة تكون مقترنة بها وتكون الوكالة نيابية عندما يعمل الوكيل باسم الموكل ، وهى تارة تنفصل عنها وتكون الوكالة غير نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، وسواء عمل الوكيل باسم الموكل فى الوكالة النيابة أو عمل باسمه الشخصى فى الوكالة غير النيابة فهو فى الحالتين يعمل لحساب الموكل (١) كما سبق القول .

٣ - وتتميز الوكالة أيضاً بتغلب الاعتبار الشخصى (intuitu personae) ، فالموكل أدخل فى اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل فى اعتباره

= لحساب الموكل . والأصل أنه يعمل أيضاً باسم الموكل ، إلا إذا أبيع له أن يعمل باسمه الشخصى فيكون فى هذه الحالة اسماً مستعاراً ، وهو فى الحالتين وكيل « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٩٩ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧) . وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ملاحظة : تعدل الفقرة الثانية من المادة ٩٧٢ من المشروع (م ٦٩٩ مدنى) كما يأتى : والمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يرخص له فى أن يعمل باسمه - وهذا التعديل يتفق مع التقنين البولونى م ٤٩٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . ولكن الفقرة الثانية لم تعدل ، بل حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ - وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(١) والوكالة تضى فى الغالب صفة النيابة على الوكيل ، فتكون هناك وكالة ونيابة . ولكن قد تكون هناك وكالة دون نيابة ، كما فى الاسم المستعار والوكيل بالعمولة . وقد تكون هناك نيابة دون وكالة ، إذ النيابة إما أن تكون اتفاقية إذا كان مصدرها الوكالة وهنا تجتمع الوكالة والنيابة ، وإما أن تكون قانونية إذا كان مصدرها القانون كما فى الولى فإن القانون هو الذى يعين الأولياء ، وإما أن تكون قضائية إذا كان مصدرها القضاء كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وفى كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية تكون هناك نيابة دون وكالة (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠١٩ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤ - أكم أمين الحولى فقرة ١٥٦) - وقد عرفت الوكالة فى المادة ٦٩٩ مدنى سالفة الذكر بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى « لحساب الموكل » ، فانتظم التعريف بذلك الوكالة إذا صحبها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسم الموكل » والوكالة إذا لم تصحبها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسمه الشخصى » ، ولكن الوكيل يعمل فى الحالتين « لحساب الموكل » .

شخصية الموكل ، وسرى أن هذه الخاصية يترتب عليها أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل .

٤ - وتتميز الوكالة أخيراً بأنها عقد غير لازم ، وسرى أنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، وذلك قبل إتمام التصرف القانونى محل الوكالة ، بل حتى قبل البدء فيه .

٢٠٩ - تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى : يميز عقد الوكالة عن سائر العقود أن محلها تصرف قانونى لأعمل مady ، وهذا هو المميز الرئيسى بينها وبين عقدى المقاولة والعمل كما قدمنا . وقد تلتبس بهذين العقدين كما تلتبس بعقود أخرى كالإيجار والبيع والشركة والوديعة^(١) . فنستعرض الوكالة مع هذه العقود عقداً عقداً ، فرى كيف تلتبس بها تارة وكيف تختلط بها تارة أخرى . إذ كثيراً ما تختلط الوكالة بغيرها من العقود ، فيقوم المقاول أو أمين النقل أو رجل الأعمال أو المستخدم أو المستأجر أو المشتري أو الشريك أو المودع عنده بتصرفات قانونية إلى جانب الأعمال المعهود بها إليه بموجب عقده الأصيل ، فتختلط الوكالة بكل عقد من هذه العقود^(٢) . فإذا اختلطت الوكالة

(١) وتقرب الفضالة من الوكالة ، وإن كانت تتميز عنها . فالنظامان يتوافقان في أن كلا منهما مصدر لنيابة ، وفي أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أقرت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو يقي يعمل بعد انتهاء الوكالة . والنظامان يتفارقان في أن مصدر الفضالة عمل مady ومصدر الوكالة اتفاق أو عقد ، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية . ويتفارقان كذلك في أن عمل الفضولى قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون عملاً مادياً ، أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

وهذا كله من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التى تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهري : هو أن رب العمل لم يختار الفضولى ولم يعهد إليه فى أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه فى أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات فى مجموعها متقاربة (انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٠٠ ص ١٢٧٠ هامش ١ - وانظر أكم أمين الحولى فقرة ١٤٩) .

(٢) وقد يختلط عقد التأمين بعقد الوكالة ، فيوكل المؤمن له شركة التأمين فى أن تدافع عنه أمام القضاء إذا تحقق الحادث المؤمن منه (بيكاروبيسون ٣ فقرة ٢١٩ وما بعدها - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة) . وإذا وكل شخص شركة فى أن تدافع عنه أمام القضاء فيما إذا وقع حادث يثير مسئوليته ، كان هذا العقد وكالة معلقة على شرط واقف ، =

باعتبار آخر ، وجب في الأصل تطبيق كل من قواعد الوكالة وقواعد العقد الآخر مادام لا يقوم تعارض بين هذه وتلك . فإذا دفع شخص لآخر شيئاً وديعة عنده ووكله في التأمين على هذا الشيء ، اختلطت الوكالة بالوديعة ، ووجب تطبيق قواعد الوديعة وقواعد الوكالة معاً إذ ليس هناك تعارض . أما إذا قام التعارض ، فإنه يجب تطبيق القواعد التي تعتبر من النظام العام واستبعاد القواعد التي لا تعتبر من النظام العام . فإذا استخدم شخص شخصاً آخر لمدة غير معينة وعهد إليه في الوقت ذاته بأن يقوم بتصرفات قانونية ، فهذا الشخص الآخر يكون مستخدماً ووكيلاً في وقت واحد . وهو كمستخدم لا يجوز إنهاء عقد عمله إلا بعد إخطار في ميعاد معين وفي غير تعسف (م ٦٩٥ مدني) ، ولكنه كوكيل يجوز عزله في أي وقت (م ١/٧١٥ مدني) . ولما كانت القاعدة الأولى تعتبر من النظام العام ، وليست كذلك القاعدة الثانية ، فإن القاعدة التي تنطبق في الحالة التي نحن بصدددها هي الأولى دون الثانية ، ومن ثم لا يجوز عزل المستخدم ، ولو أنه في الوقت ذاته وكيل ، إلا بعد إخطار في ميعاد معين وفي غير تعسف : وإذا كانت القواعد المتعارضة ليست من النظام العام ، وجب عندئذ تغليب أحد العقدين على الآخر وتطبيق قواعد العقد الغالب . فأجر المحامي عن أعماله القانونية والمادية يكون خاضعاً لتقدير القاضي كما تقضي أحكام الوكالة لأن العنصر الغالب في أعمال المحامي هو عنصر الوكالة ، ولكن أجر المهندس المعماري وإن قام بتصرفات قانونية لا يخضع لتقدير القاضي كما تقضي أحكام المقاولة لأن العنصر الغالب في أعمال المهندس المعماري هو عنصر المقاولة (١) .

٢١٠ — عقد الوكالة وعقد المقاولة : قدمنا عند الكلام في عقد المقاولة (٢) أن المقاولة والوكالة يتفقان في أن كلا منهما عقد يرد على العمل وهذا العمل يؤديه كل من الماويل والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان في أن

= ولا يتضمن بالضرورة عقد تأمين (Hébraud) في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٥٧٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ في آخرها — بيدان ١٢ فقرة ٢٩٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ .

العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاولة عمل [مادى (١)]. وبينما أن للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية ، تظهر في أن المقاولة تكون دائماً مأجورة ولا تخضع الأجرة فيها لتقدير القاضى ، أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر وإذا كانت بأجر خضع الأجر لتقدير القاضى . وتظهر في أن المقاول لا يترب عن رب العمل ، أما الوكيل فإنه ينوب عن الموكل إذا كان يعمل باسمه . وتظهر في أن الوكالة تنتهى حتماً بموت الموكل أو بموت الوكيل ، أما المقاولة فلا تنتهى بموت رب العمل ولا بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار . وتظهر في أن الوكالة في الأصل عقد غير لازم ، أما المقاولة فهي في الأصل عقد لازم . وهناك فروق أخرى كثيرة سبق بيانها عند الكلام في المقاولة (٢) .

وقد منا أن الوكالة قد تلبس بالمقاولة ، وبخاصة في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى ، وبينما أن المحل في هذه العقود هو عمل مادى وإن كان يتميز بأنه عمل فكري فتكون هذه العقود عقود مقاولة . وقد يختلط بها عقد الوكالة . فالعقد مع المحامى يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، ويغلب فيه عنصر الوكالة . وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى ، فإنه إذا وقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فإن عنصر المقاولة يكون هو الغالب (٣) . وسندليك التفليسة يعتبر وكيلاً عن المفلس وعن جماعة الدائنين ، فلا يكون.

(١) بورى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ١٠ ص ١٩٧ - ص ٢٩٨ - بيدان ١٢ فقرة ٢٨٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ - دى پاچ ٥ فقرة ٣٦١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤ - نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٢٢٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ سيويه ١٩٢٨ - ١ - ١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٠٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١١ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٠ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٣ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢١ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٨ وقرة ١٤٣١ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥ وقرة ٣٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٩ - ص ٢٠٠ - أكم أمين الحولى فقرة ١٥٥ .

مقاولاً (١) . وكذلك مصنفى الشركة يعتبر وكيلاً عن الشركة فى أثناء التصفية ، وليس مقاولاً (٢) . أما الخبراء والمحكمون ، فهم مقاولون لـ الخبراء (٣) . وأمين النقل مقاول فى الأصل لا وكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية كالتأمين على البضاعة وإيداعها فى مخزن وقبض ثمنها فى هذه التصرفات يعتبر وكيلاً لا مقاولاً (٤) . والتعاقد مع رجال الأعمال (agents d'affaires) يكون فى الأصل مقاولاً ، وقد يتضمن وكالة إذا دخل فى الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانونى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٥) .

٢١١ - عقد الوكالة وعقد العمل : ويتميز عقد الوكالة عن عقد العمل ، كما يتميز عن عقد المقاول ، بأن محله تصرف قانونى لأعمال مادية (٦) . ويزيد فى تمييز عقد الوكالة عن عقد العمل أن العامل أو المستخدم فى عقد العمل يعمل دائماً تحت إشراف رب العمل وتوجيهه فعلاقته به هى علاقة التابع بالمتبوع ، أما الوكيل فلا يعمل حتماً تحت إشراف الموكل فليس من الضرورى أن تقوم بينهما علاقة التبعية (٧) . وللتمييز بين عقد الوكالة وعقد العمل نفس الأهمية

-
- (١) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ - نقض فرنسى ٢١ يونيو سنة ١٨٩١ سيريه ٩١ - ١ - ٣٧٧ .
- (٢) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ - الوسيط ٥ فقرة ٢٥٨ - مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١ - نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللو ٩٤ - ١ - ٢٦٩ .
- (٣) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ ص ٨٥٦ .
- (٤) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٩٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٨ - نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللو ١٩١٠ - ١ - ٧٢ - ١٣ يناير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ١٩٠ - ليون ١٠ يولييه سنة ١٩٢٤ داللو الأسبوعى ١٩٢٤ - ٥٩٠ .
- (٥) انظر آنفاً فقرة ٢٠١ - بودرى وقال فقرة ٣٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ - أنسيكلوبيدى داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣ - فقرة ٣٦ .
- (٦) استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٣٠٢ .
- (٧) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٤ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٩ - أنسيكلوبيدى داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠ - وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

التي للتمييز بين عقد الوكالة وعقد المقاولة ، وتظهر في نفس الوجوه : ضرورة الأجر في عقد العمل وعدم ضرورته في عقد الوكالة وخضوع أجر الوكيل إن وجد لتقدير القاضي ، وعدم نيابة العامل عن رب العمل ونيابة الوكيل عن الموكل إن كان يعمل باسمه ، وعدم انتهاء عقد العمل بموت رب العمل وانتهاء الوكالة بموت الموكل وإن كان كل من العقدين ينتهي بموت العامل أو موت الوكيل (١) ، ولزوم عقد العمل وعدم لزوم عقد الوكالة (٢) .

وقد يلتبس عقد الوكالة بعقد العمل . ويقع ذلك عادة في شأن الطوافين (placiers) والممثلين التجاريين (représentants) والحوابين (voyageurs de commerce) ومندوبي التأمين (agents d'assurance) ، فهؤلاء يقومون بأعمال مادية وبتصرفات قانونية مع العملاء لحساب مخدمهم فيعقدون الصفقات ويبرمون عقود التأمين . وقد انقسم القضاء الفرنسي فيما يتعلق بمندوبي التأمين ، فذهبت بعض الأحكام إلى أن العقد الذي يربط مندوب التأمين بالشركة هو عقد وكالة (٣) ، وذهبت أحكام أخرى إلى أنه عقد عمل (٤) . ولكن القانون الفرنسي الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ قضى بأن مندوب التأمين ينتفع بأحكام المادة ١٧٨٠ من التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بعقد العمل فرجح كفة عقد العمل على كفة عقد التأمين ، وبهذا قضت أخيراً محكمة النقض الفرنسية (٥) . أما فيما يتعلق

(١) أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٤٢٨ - محمد كامل مرسي فقرة ١٥٥ ص ٢٠٦ - محمد علي عرفة ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

(٢) وقد قضى بأن المحامي الذي يؤجر عن طريق مبلغ دوري يدفع له عن كل شهر أو عن كل سنة يبقى وكيلاً لا أجيراً ، ومن ثم يجوز عزله عن الوكالة طبقاً للقواعد المقررة في عقد الوكالة دون القواعد المقررة في عقد العمل (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦) .

(٣) نقض فرنسي ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣١٠ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز ٢٦ - ١ - ١٩٢ - ٢٦ أبريل و٢٩ يولييه سنة ١٩٣١ المجلة العامة للتأمين البري ص ٧٦٥ و ص ٩٩٥ .

(٤) نقض فرنسي ٢٩ يوفيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٤٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٤٥ - السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٤١٠ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ Droit Social ١٩٥٢ - ٢٨٢ - وانظر في هذه =

بالطوافين والممثلين التجاريين والحوابين ، فقد صدر في فرنسا قانون ٦٨ يولييه سنة ١٩٣٧ يجعل هؤلاء جميعاً يرتبطون بمخدوميهم بموجب عقد عمل لا بموجب عقد وكالة إذا توافرت شروط معينة ، وذلك حتى يتمكنوا من الانتفاع بالتشريعات العمالية ويستظلوا بحمايتها^(١) . وفي مصر ورد نص صريح يقضى بسريان أحكام عقد العمل على العلاقة فيما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والحوابين ومندوبي التأمين ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدني على أن « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والحوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم » .

ويعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة وكيلا عن هذا المجلس ، أما المدير الفني للشركة فيعتبر موظفاً فيها يرتبط معها بعقد عمل لا بعقد وكالة^(٢) ، وكثيراً ما يختلط عقد الوكالة بعقد العمل . فيعهد السيد إلى الخادم بالقيام

= المسألة بودري وثال في الوكالة فقرة ٣٩٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٠ - ص ٨٦١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٦ .

(٢) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ سيرييه ٨٨ - ١ - ٤٢١ - ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ جازيت دي پاليه ١٩٢٦ - ٢ - ٥٩٧ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - مع تعليق ريبيير .

وانظر في الجمع ما بين رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها الفني : بودري وثال في الوكالة: فقرة ٣٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦١ - ص ٨٦٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ ص ٢٠ - نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيرييه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيرييه ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٠ سيرييه ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - ٩ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ١٥٣ - ٣ أغسطس سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ٥٢٣ - ١٣ يوتيه سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٩٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ - ٦٥ - ٢٠ يولييه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٣ - ٣٣ - ١٩ يولييه سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - ٢١ يولييه سنة ١٩٥١ Droit Social ١٩٥١ - ٦١٣ .

بالمشتريات المنزلية من طعام وشراب وغير ذلك^(١). ويعهد صاحب المتجر إلى مستخدمه بعقد الصفقات مع العملاء أو بقبض الديون منهم^(٢). ويعهد صاحب الأرض الزراعية لناظر زراعته بأن يمضى عقود الإيجار مع المستأجرين. ويعهد صاحب السيارة إلى السائق بتشجيع السيارة وتزيتها. ويعهد صاحب العمارة إلى البواب بقبض الأجرة من السكان^(٣). وفي هذه الأحوال تسرى في الأصل أحكام عقد العمل، وتسرى في الوقت ذاته أحكام عقد الوكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يقوم بها هؤلاء المستخدمون. ومن ثم ينتفعون بالتشريعات العمالية وبما تضيفه عليهم من الحماية، ويكونون تابعين لرب العمل فيكون هذا مسئولاً عنهم مسئولية المتبوع عن التابع. أما التصرفات القانونية التي يقومون بها فيمثلون فيها مخدومهم، وتنصرف آثارها مباشرة إلى المخدوم. وإذا تعارضت أحكام عقد العمل مع أحكام عقد الوكالة، غلب عنصر عقد العمل فتسرى أحكامه وتستبعد أحكام عقد الوكالة. ومن ثم لا يجوز فصل المستخدم دون إخطار أو فصلاً تعسفياً تطبيقاً لأحكام عقد العمل وهي هنا تعتبر من النظام العام، وكانت أحكام الوكالة تقضى بجواز عزل الوكيل في أى وقت^(٤).

٢١٢ - عقد الوكالة وعقد الإيجار : قدمنا عند الكلام في الإيجار أن

الإيجار يختلف عن الوكالة بأن محل الوكالة تصرف قانوني ومحل الإيجار عمل

(١) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يولييه سنة ١٨٩٣ - ٦ مارس سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٥ - ١٠ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ يولييه سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ - ٢ - ٣١٨ - ٤ أغسطس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ - ١ - ١٠٥ - ٢٤ يولييه سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٦٩ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - بريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ دالوز ١٩١٧ - ٢ - ١٣٢ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٩٠ .

(٣) وانظر في قبطان السفينة وقيامه بتصرفات قانونية نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ - ١ - ٤٦١ - ريبيير في القانون البحري الطبعة الثالثة ١ فقرة ٨٠٦ وما بعدها - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٩٥ - بلانيول وريبيير وسافاتييه ١٠ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٠٩ - نقض فرنسي ١٨ يولييه سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٨٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٤٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٢٣٢ - ١٩ يولييه سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - بلانيول وريبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣١ .

مادى ، وأن الوكيل يعمل عادة باسم الموكل ويمثله أما المستأجر فلا يمثل المؤجر ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل ولاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا فى حالات استثنائية ، ويجوز الرجوع فى الوكالة ولايجوز الرجوع فى الإيجار ، ويجوز فى الوكالة أن يعدل القاضى الأجر المتفق عليه أما فى الإيجار فلايجوز ذلك إلا فى حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر فى أنه إذا تصرف أى منهما فى الشيء الذى تحت يده بدون إذن المالك اعتبر مبدداً^(١) .

وذكرنا أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصمه من الأجرة التى يتقاضاها من المستأجرين من الباطن والباقى يعطيه للمؤجر . وقررنا أن هذا العقد ليس بإيجار ، بل هو وكالة مأجورة ، الوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصيل والموكل من تسمى بالمؤجر . فنحيل هنا إلى ما قررناه هناك^(٢) .

٢١٣ — عقد الوكالة وعقد البيع : قدمنا عند الكلام فى البيع^(٣) أن الوكالة قد تقترن بالبيع ، ويحدث ذلك فى أحوال منها :

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٩ ص ١٤ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٩ — وانظر بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٣٧٦ — جيوار فى الإيجار ١ فقرة ١١ وفقرة ٦٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٦ — وقد غلبت محكمة الاستئناف المختلطة عنصر الوكالة ، فقضت بانتهاء العقد بموت الوكيل أى من ظهر بمظهر المستأجر الأصيل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٠٠ — وانظر أيضاً فى نفس المعنى استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١٨) .

وقد يقع لبس أيضاً بين الوكالة والإيجار إذا سلم شخص لآخر أرضاً زراعية لزراعتها ، فإذا كان هذا الشخص الآخر يزرع الأرض لحسابه ويؤدى أجراً لصاحب الأرض ولو جزءاً من المحصول ، فالعقد إيجار أو مزارعة . أما إذا كان يزرع الأرض لحساب صاحبها ويقوم هو بإدارتها نيابة عنه ، فيشترى ما يلزم للأرض من بذر وسهادر وغير ذلك ويستأجر الأنفار للزراعة ويقوم بجميع الأعمال الأخرى اللازمة لزراعة الأرض من أعمال مادية وتصرفات قانونية ، ويأخذ أجراً على ذلك من صاحب الأرض ، فالعقد مزيج من عقد عمل ووكالة . وتظهر أهمية هذا التمييز فى الامتداد القانونى للعقد ، فإذا كان العقد إيجاراً أو مزارعة امتد بحكم القانون بعد انقضاء مدته ، أما إذا كان عقد عمل ووكالة فلا يمتد إذا انقضت المدة (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٩) .

(٣) للوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٢ — ص ٣٣ .

١ - حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فهو يشتري باسمه ما وكل في شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل . فيقترن عقد الوكالة في هذه الحالة بعقدى بيع ، الأول هو الذي أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثاني هو الذي أبرمه المسخر مع الموكل .

٢ - حالة السمسار والوكيل بالعمولة ، يقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد ، فيكون هناك عقد وكالة مقترناً بعقدى بيع على النحو السالف الذكر .

٣ - حالة الوكالة بالشراء في حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) ، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الكلام في البيع (١) . وقد تلبس الوكالة بالبيع في أحوال منها :

١ - حالة ما إذا حول الدائن حقه لمحال له على أن يحتفظ هذا لنفسه بجزء من الحق ويرد الباقي للمحيل . فقد يكون العقد حوالة حق أى بيعاً للحق والثمن . هو هذا الباقي الذي يرده المحال له للمحيل وقد اشترى الحق بجزء منه في نظير ما بذل من جهد في تحصيل الحق من المدين ، وقد يكون العقد وكالة مأجورة . والمحال له هو وكيل المحيل في قبض الدين من المحال عليه في مقابل أجر هو هذا الجزء من الحق الذي يستبقه المحال له لنفسه . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن قاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المتعاقدان أرادا بيعاً أو وكالة (٢) . أما الفقه فنقسم ، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن العقد وكالة (٣) ، وإلا ومنهم من يذهب إلى أن العقد يكون وكالة إذا قبض المحال له الحق من المدين باسم المحيل ويكون بيعاً إذا قبض الحق باسمه الشخصى (٤) . ونرى أن هذا العقد هو في الأصل وكالة ، فقد قصد المتعاقدان أن يقبض المحال له الحق من المدين ليسلمه للمحيل في مقابل أجر يقتطعه المحال له من الحق بعد قبضه .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٣ هامش ١ و فقرة ٩٥ - فقرة ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير و ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٢٠٦ - ٦٢ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٧٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٣٧٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٦ - بودرى وقال فقرة ٣٦٧ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

وهذا ما لم يتعين من الظروف في وضوح أن المتعاقدين قد قصدا أن ينتقل الحق فعلاً للمحال له في مقابل ثمن هو الجزء من الحق الذي يردده المحال له للمحيل فيكون العقد بيعاً :

٢ - حالة ما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له ، مع تحويله الحق في أن يشتريه لنفسه إذا شاء . فالعقد هنا وكالة معلقة على شرط فاسخ ، هو أن يشتري الوكيل المال لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه انفسخت الوكالة ، وتبقى من التعاقد وبعد بالبيع قبله الموعود له (الوكيل) بشرائه المال . ويخلص من ذلك أن العقد وكالة معلقة على شرط فاسخ ، وقد اقترنت بوعده بالبيع (١) :

٣ - حالة ما إذا دفع مورد السلعة سلعته إلى تاجر لبيع منها ما يستطيع بيعه ، ويرد له ما تبقى دون بيع مع ثمن ما باع بعد خصم أجره . وهذا عقد معروف عند الرومان باسم aestimatum ، لأن ثمن السلعة محدد طبقاً لتقدير (estimation) متفق عليه ، فهل هو بيع أو وكالة ؟ يغلب أن يكون وكالة ، ويكون التاجر وكيلاً عن مورد السلعة في بيع ما باع منها وقد خصم أجره من الثمن الذي باع به ، ويكون مبدداً إذا لم يرد السلعة أو ثمنها (٢) . وقد يكون بيعاً إذا تقاضى المورد مقدماً من التاجر مبلغاً يحتفظ به ، فيكون هذا المبلغ ثمناً لجزء من السلعة (٣) . كما يكون بيعاً إذا ترك المورد للتاجر حرية تحديد الثمن الذي يبيع به السلعة ومازاد من هذا الثمن على مبلغ معين يأخذه التاجر

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ - ص ٨٦٧ - وهذا بخلاف ما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له دون أن يحوله حق شرائه لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه ، لم يكن الشراء نافذاً في حق الموكل ، ولكن له أن يقره فيجعله نافذاً (انظر الوسيط ١ فقرة ٩٧) .

(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ - أنسيكلوبيدى داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨ - نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللو ٩٣ - ١ - ٢٦٥ (إذا لم يرد التاجر الجواهر التي تسلمها أو ثمنها كان مبدداً) - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ داللو ٩٨ - ١ - ٤٣٣ - كذلك يكون للموكل أن يسترد السلعة من تفليسة الوكيل لأنه لا يزال مالكا لها ، ويلتزم الوكيل بتقديم حساب للموكل ، ويجوز تخفيض أجره إذا كان مبالغاً فيه (محمد على عرفة ص ٣٤٨) .

(٣) باريس ٤ يناير سنة ١٨٩٤ Mon. Jud. Lyon ٩ أبريل سنة ١٨٩٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٩ ص ١٨٠ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٥١ ص ١٩٠ .

لنفسه ، فيكون العقد في هذه الحالة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو أن يجد التاجر للسلعة مشترياً ، فإذا وجده تحقق الشرط وأصبح التاجر مشترياً ، وباع بدوره السلعة إلى المشتري الذي وجده^(١) . وإذا عهدت شركة إلى مصرف بتوزيع أسهمها أو سنداتهما على الجمهور ، كان المصرف وكيلاً عن الشركة في بيع هذه الأسهم أو السندات (contrat d'émission)^(٢) ، وذلك ما لم يملك المصرف الأسهم أو السندات لنفسه ثم يبيعها للجمهور لحسابه . فيكون العقد بيعاً^(٣) .

وأهم ما يترتب من النتائج على أن يكون العقد وكالة أو بيعاً في الحالات المتقدم ذكرها أن أجر الوكيل يخضع لتقدير القاضي ، وأن الوكيل يقدم حساباً عن وكالته فإذا لم يرد الشيء أو ثمنه كان مبدداً^(٤) .

٢١٤ — عقد الوكالة وعقد السركة : قدمنا عند الكلام في عقد الشركة أن الوكالة تشبه بالشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين في مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن في الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين^(٥) .

ويجب التمييز بين الوكيل وأداة الشركة (organe de la société) ، فمن مجلس إدارة الشركة وعضو مجلس الإدارة المنتدب يعتبر كل منهما أداة للشركة لا وكيلاً عنها^(٦) .

(١) باريس ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٤١٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه

١١. فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

(٢) بودري وفال في الوكالة فقرة ٣٧٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ - أكم أمين الخول فقرة ١٥١ ص ١٩٠ - باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ١٩٣ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ .

(٤) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٦٥ - ٥ مارس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٧٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٢٨٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٧ - أكم أمين الخول فقرة ١٥١ ص ١٩١ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ١٦٢ ص ٢٢٨ .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ .

وإذا عهد شخص إلى آخر في إدارة مال له ، على أن يشاركه في الربح والخسارة فهذه شركة ، أو على أن يتقاضى جعلاً معيناً أو نسبة مئوية من صافي الربح ولا يشارك في الخسارة فهذه وكالة^(١) .

٢١٥ — عقد الوكالة وعقد الوديعة : يغلب أن يقع في يد الوكيل مال للموكل ، كما إذا قبض ديناً له أو قبض ثمن المال الموكل في بيعه . كذلك قد يقع في يد الوكيل أشياء مملوكة للموكل كستندات يحتاج إليها في تنفيذ وظيفته ، أو مجوهرات وكل في بيعها ، أو كميالة وكل في قبضها . ففي جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة ، لأن ما في يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر في الوديعة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة^(٢) . ومع ذلك قد تقترن الوديعة بالوكالة ، كما إذا أودع شخص مالا عند

(١) انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ — وانظر في التمييز بين الوكالة والشركة بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٠٢ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤٠ .

وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان سيارة وأودعاها عند ثالث لبيعها ، واتفقوا على أنه عند بيعها يقسم ربحها عليهم جميعاً ، وإذا وقعت خسارة يتحملها الثالث وحده ، فهذا العقد لا يكون شركة ، بل هو اتفاق بين مالكي السيارة والشخص الثالث على أن يكون هذا وكيل بالعمولة يضمن للمالكين بيع السيارة بغير خسارة ، وله أجر احتمالي هو مساهمته في الربح (مصر الوطنية تجاري. ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ — ٩٧ — ١٢٢ — محمد علي عرفة ص ٣٤٩) — وقضى بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان أحد المصارف قد التزم بالإشراف على إصلاح محلج ملوك لأحد عملائه ، على أن يستغله المصرف ، باسم مالكه وتحت مسؤوليته ، لمدة معينة يحصل فيها على جزء معين من الأرباح ، وعلى أن يقدم العميل صاحب المحلج رهناً رسمياً لوفاء دينه للمصرف (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ — أكرم أمين الخولي فقرة ١٥٢) ، وتكون الوكالة في هذه الحالة وكالة لصالح الموكل والوكيل معاً ، وهي وكالة مأجورة والأجر فيها جزء معين من أرباح المحلج — وقضى بأنه إذا ناب شخص عن محام في قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسليم النقود مقابل الثلث في جميع الإيراد ، كان ذلك وكالة لا شركة (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥ — أكرم أمين الخولي فقرة ١٥٢ ص ١٩١ هامش ٢) — وإذا عهد شخص إلى آخر بتقسيم أرض وبيعها ، مع احتفاظه بملكية الأرض وتعهد به بأن يدفع للشخص الآخر جزءاً من ثمن الأرض التي يبيعها أجراً له على عمله ، فالعقد وكالة لا شركة (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٠٤ — جيوار في الوديعة فقرة ٢٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ — نقض فرنسي ١٥ يولييه سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ١ — ١٧٩ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ سيرنييه ١٩٢٩ — ١ — ٢٢١ .

آخر لحفظه ، ووكله في الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه (١) . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة (٢) .

٢١٦ - التنظيم التشريعي لعقد الوكالة : نظم التقنين المدني الجديد عقد الوكالة تنظيماً منطقياً عالج فيه عيوب التقنين المدني القديم ، واستكمل ما نقص من نصوص هذا التقنين . وفصل في الوقت ذاته عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . ونجّز هنا بما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :

« فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل

(١) نقض فرنسي ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ - ١ - ٣٦٥ - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ - ٢ - ٨٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ .
(٢) نقض فرنسي ٦ مايو سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٥٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ - وانظر في التمييز بين الوديعة والوكالة بودري وثال في الوكالة فقرة ٤٠٤ - فقرة ٤٠٨ .

وقد يقع لبس بين الوكالة والرهن الحيازي . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن عملية توريد أقطان إلى محل تجاري خلجها مقابل أجرة متفق عليها ثم بيعها حسب أسعار السوق ، والمحاسبة على ما يكون صاحب القطن سحبه مقدماً من ثمنها ، لا يمكن اعتبارها رهناً ، وإنما هي وكالة بالعمولة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٥ ص ٩) . وقضت محكمة المنيا بأن الاتفاق في عقد فتح الاعتماد بين البنك والعميل على أن يبيع الأول بضائع الثاني المودعة لديه تأميناً للحساب الجاري هو في الواقع وكالة من العميل للبنك بالبيع ، فلا يتحتم على هذا اتباع نص المادة ٧٨ من القانون التجاري التي تلزم الدائن المرتهن باستصدار إذن من قاضي الأمور الوقفية يبيع الأشياء المرهونة أو بعضها بالمزايدة العمومية (المنيا ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦١ ص ٣٢١) - وانظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٣ - ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٤٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٨ - وانظر فيما يسمى *mandat in rem suam*: استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٠ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٩ - ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٧ .

وقضى من جهة أخرى بالألا يعتبر الدائن المرتهن وكيلًا عن الراهن ، وإن كان مسئولاً عما يستغله من الرهن ، إذ ذلك وحده لا يجيز اعتباره وكيلًا بحسب التعريف القانوني للوكالة (أسيوط الكلية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل ، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعي ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تتكرر النصوص في الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة ، دون نظر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة في العلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه النائب . أما الوكالة ، فباعتبارها عقداً بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل أي النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية ، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى .

« وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيباً منطقياً لانجده في التقنين الحالي (القديم) ٥ فعرض في فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليها من أثر ، وكيف تنتهي . وفي إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفي الآثار عرض لالتزامات كل من الوكيل والموكل ، ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير . وبين في النهاية الأسباب التي تنتهي بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم ، فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة . »

« وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالي (القديم) ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً في نصوص التقنين الحالي (القديم) من وجوه ، واستكمل الناقص في هذا التقنين من وجوه أخرى . »

« فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتي : »

« ١ - عرف المشروع الوكالة ، فبين أن الوكيل يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل . والتقنين الحالي (القديم) يطلق في عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانوني ، ويقيده في كيفية إجراء العمل فيقتضي من الوكيل أن يعمل باسم الموكل . وكل من هذا الإطلاق والتقييد غير صحيح ، فالوكيل إنما يقوم بعمل قانوني ، وهذا ما يميز الوكالة عن عقد العمل . وإذا كان يعمل دائماً لحساب الموكل ، فليس من الضروري أن يعمل باسمه . فقد يعمل الوكيل باسمه الشخصي ، وهذا ما اصطلاح على دعوته « بالاسم المستعار » . والاسم

المستعار وكيل كسائر الوكلاء ، يتسع له تعريف المشروع ، ويضيق عنه تعريف التقنين الحالى (القديم) وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضبة فى أحد نصوصه (م ٥٢٣ / ٦٤٨) . ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته مع الغير ، ولذلك لم ينحصر المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة . وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير ، وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث نجد فى المشروع نصاً خاصاً به (م ١٥٩ أى ١٠٩ مدنى) ، وقد أحيل فى الوكالة على هذا النص .

« ٢ - جانب المشروع ، فى تحديد مسئولية الوكيل عن تنفيذ الوكالة ، أن يجعل الوكيل مسئولاً عن التقصير اليسير أو التقصير الجسيم تبعاً لما إذا كان مأجوراً أو غير مأجور . وقد ترك هذا المعيار القديم الذى أخذ به التقنين الحالى (القديم) إلى معيار يتمشى مع التطور الحديث والنظريات العلمية . »

« ٣ - قيد المشروع من حرية القاضى فى تقدير أجر الوكيل إذا كان هذا الأجر متفقاً عليه ، فلم يطلق هذه الحرية كما فعل التقنين الحالى (القديم) . بل قيدها بأن منع القاضى من التقدير إذا دفع الأجر طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . وهذا القيد إنما هو تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة . »

« واستكمل المشروع الناقص فى التقنين الحالى (القديم) من وجوه أهمها ما يأتى : »

« ١ - أوجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة . »

« ٢ - بيّن ما يترتب من الأحكام على تعدد الوكلاء وتعدد الموكلين من حيث التضامن ومن حيث انفراد أحد الوكلاء بالعمل . »

« ٣ - جعل الموكل مسئولاً عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) .

٢١٧ - خطة البحث : ونبحث عقد الوكالة فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - فى أركان الوكالة .

الفصل الثانى - فى الآثار التى تترتب على الوكالة .

الفصل الثالث - فى انتهاء الوكالة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٤ - ص ١٨٦ .

الفصل الأول

أركان الوكالة

٢١٨ — تطبيق القواعد العامة : أركان الوكالة ، كما في سائر العقود ،
التراضى والمحل والسبب . وفي خصوص السبب نحيل إلى النظرية العامة (١) .
 ويبقى بعد ذلك التراضى والمحل . ومحل الوكالة بالنسبة إلى التزامات الوكيل
 هو التصرف القانونى الذى يقوم به الوكيل . أما التزامات الموكل من دفع
 الأجر ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة ، إذ هي قد
 تتحقق وقد لا تتحقق ، وكل التزام له محله ويكون الكلام فيه عند الكلام في
 هذا الالتزام . ومن ثم نقصر الكلام ، في أركان الوكالة ، على التراضى
 والتصرف القانونى محل الوكالة .

(١) انظر استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ويتصل بالسبب
 في الوكالة الشخص الذى تنعقد الوكالة لمصلحته . والأصل أن الوكالة تنعقد لمصلحة الموكل . وقد
 تنعقد لمصلحة كل من الموكل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائنه في بيع مال له ليتقاضى حقه
 من ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين في الشيوع الشريك الآخر في إدارة المال الشائع (جيوار
 فقرة ١٧ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٦١) . ولا تنعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ،
 فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة (جيوار فقرة ١٧ —
 بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٦٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢) .

وقد تنعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له ليسدد
 من ثمنه ديناً في ذمته للغير ، فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذى سيستوفى
 حقه من الثمن . وإذا عهد شخص إلى آخر في أن يقوم بتصرف قانونى لمصلحة الغير وحده ، كان
 هذا اشتراطاً لمصلحة الغير لا وكالة . ويتصور أن تكون هناك وكالة لمصلحة الغير وحده ،
 ويتحقق ذلك فيما إذا قام فضولى بإدارة عمل للغير ، ووكّل شخصاً آخر عنه في إدارة هذا العمل
 أو في المضى فيه (انظر في هذا المعنى ثرولون فقرة ٣٦ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٦١ —
 وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠١ وهامش ١٧ — ١٨ — أنسيكلوبيدى داللو
 ٣ لفظ Mandat فقرة ٨١) — وإذا انعقدت الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، جاز لكل منهما
 مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة ، الموكل بموجب عقد الوكالة ، والغير بموجب الاشتراط
 لمصلحته . وقد نصت المادة ٨٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يحق لشخص
 ثالث أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كانت معقودة لمصلحة ذلك
 الشخص أيضاً » .

الفرع الأول

التراضى فى الوكالة

٢١٩ — مبحث : نبحث فى التراضى : (١) شروط الانعقاد .
(٢) وشروط الصحة .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٢٢٠ — نوافى الإيجاب والقبول : يجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة ، فيتم التراضى بين الموكل (١) والوكيل (٢) على

(١) ويصح أن يكون الموكل شخصاً معنوياً ويصدر التوكيل من مجلس إدارته إذا كان هذا المجلس هو الذى يمثله قانوناً . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع معه على مجلس إدارة الجمعية التعاونية ممارسة حق تقريره القواعد العامة — وهو جواز الوكالة فى كل الأعمال القانونية — بالرغم مما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ من أن مجلس الإدارة هو الذى يمثل الجمعية أمام القضاء ، إذ لم يقصد به سوى عدم انفراد رئيس الجمعية بأعمالها ، فإذا أناب مجلس الإدارة رئيس الجمعية فى اتخاذ الإجراءات القانونية المؤدية للحصول على تعويض ، فإن الدعوى التى يرفعها باعتباره نائباً عن الجمعية وممثلاً لها تكون مقبولة (نقض مدنى ١٥ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٣ ص ٥٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانوناً انتفت الوكالة ولم يبق إلا مجرد إيجاب بها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل . وإذن ففى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلاً لرفعه بعد الميعاد القانونى ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلاً لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقاً لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلاً على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمى من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون معيباً بمخالفته القانون والقصور فى التسيب (نقض مدنى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٩ ص ٩٧١) .

وقد يجبر الوكيل على قبول الوكالة . فقد نصت المادة ٣٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ =

ماهية العقد والتصرف القانوني أو التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل والأجر الذي يتقاضاه إن كان هناك أجر . ويكون كل ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (١) .

فيجوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمناً (٢) . وسنرى عند الكلام في الوكالة الضمنية (٣) أن رضا كل من الموكل والوكيل بالوكالة يصح أن يكون ضمناً (٤) . بل يصح ألا يصدر رضا من الموكل أصلاً ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذي عقده الوكيل ، كما سنرى عند الكلام في

= لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : «يقوم المحامي المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً . ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات ، وله على كل حال الرجوع على من ندب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية - ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، ولا يسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى - ويعنى من الندب في القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذين مضى على قيدهم في جدول المحامين عشرون سنة ، غير أن هذا الإعفاء لا يسرى على القضايا المدنية أمام محكمة النقض » . ونصت المادة ٣٨ من نفس القانون على ما يأتي : «لمجلس النقابة أن يكلف أحد المحامين للدفاع عن خصم لا يجد من يقوم بالدفاع عنه » . (١) وقد قضى بأن من يتولى جمع إعانات لعمل معين يكون وكيلاً عن المكتتبين ، فإذا لم يتم العمل كان لكل مكتتب الحق في أن يطلب تقديم حساب من الوكيل وأن يسترد ما دفعه (أسيوط جزئ ٣١ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٨٢ ص ٧٦٧) .

(٢) ويقع في بعض الأحيان أن يسلم شخص لآخر ختمه للتوقيع به عند إبرام الأول تصرفات قانونية بالنيابة عن الثاني . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن تسليم الختم لآخر ليقع به على عقد بيع يعتبر توكيلاً بالمعنى (استئناف وطني أول يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٩٣) . وقضت أيضاً بأن يعد الأخ وكيلاً إذا كان ختم أخيه بقي عنده مدة ، ولما تسلمته منه أعطى لها تعهداً مفاده بطلان أية شروط بيع أو سندات أخرى تظهر مختومة بذلك الختم (استئناف وطني ٣١ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣) . وقد قضى بأنه إذا حول حق لدائن ضماناً لدينه وكان الدين أقل من الحق ، اعتبر الدائن وكيلاً في قبض الباقي وكالة ضمنية ، ومن ثم تكون له مطالبة الحال عليه بكل الحق (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨) .

(٣) انظر مايلي فقرة ٢٢١ .

(٤) ولكن لا يعتبر رضا ضمناً أن يكون هناك أمر مشترك بين عدة أشخاص لكل منهم وكيل ، فيتعاون وكيل أحدهم مع الوكلاء الآخرين ، ولا يفهم من مجرد هذا التعاون أن يكون الوكيل وكيلاً أيضاً عن الأشخاص الآخرين (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٣) .

الوكالة الظاهرة وفي مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة . وسواء كان رضاء الموكل صريحاً أو ضمناً ، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانوني الذي يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقاً له لم تكن هناك وكالة بل فضالة ، وكان رضاء رب العمل إقراراً لعمل الفضولي^(١) . ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يقوم شخص بتصرف قانوني لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة ، ولو كان هذا الشخص قد قام بالتصرف القانوني بعلم رب العمل ودون معارضة منه^(٢) . وإنما تكون هذه فضالة ، ولا تكون وكالة إلا إذا تراضى الموكل والوكيل على الوكالة تراضياً فعلياً قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف القانوني^(٣) . كذلك يجب أن يصدر رضاء الوكيل ، سواء كان هذا الرضاء صريحاً أو ضمناً ، قبل وقوع حادث يكون من شأنه إنهاء الوكالة لو أنها انعقدت ، كموت الموكل أو فقدته لأهليته^(٤) .

ويجب التراضي على ماهية العقد ، فلو حول دائن لشخص حقه على سبيل الوكالة في قبضه ، وقبل هذا الشخص التعاقد على أنه حوالة حق أي بيع للحق ، لم تكن هناك وكالة ولا حوالة ، ولم يكن هناك تعاقد أصلاً لعدم التراضي على ماهية العقد .

ويجب التراضي على التصرف القانوني المطلوب القيام به ، فلو وكل شخص شخصاً آخر في شراء سيارة من « ماركة » معينة ، فقبل الآخر الوكالة معتقداً أن السيارة المطلوب شراؤها من « ماركة » أخرى ، لم تنفذ الوكالة لعدم التراضي على المحل . كذلك يجب التراضي على الأجر الذي يتقاضاه

(١) وتتحول الفضالة بهذا الإقرار إلى وكالة ، وقد جاء في المادة ٩٢٨ مدني عراق في هذا المعنى ما يأتي : « . . . والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة . . . » .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٦ - أكم أمين الحول فقرة ١٥٩ - وانظر استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ (دون حل) .

(٣) بيدان ١٢ فقرة ٣٠٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٠ و ص ٧٠ هامش ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨٢ - نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ١٨٣ - وانظر مع ذلك نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٨٨ - أول يولييه سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٥٠٧ - وقارن بالجمد على عرفة ص ٣٥٨ - ص ٣٥٩ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ .

الوكيل ، إن كانت الوكالة مأجورة . وسرى أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر ومع ذلك يفهم من الظروف وبخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مأجورة ، فيتولى القاضى تقدير الأجر . وسرى كذلك أن الوكالة تكون فى الأصل تبرعية ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على أجر ولم يفهم من الظروف أن الوكالة مأجورة ، انعقدت الوكالة دون أجر . لكن الوكالة لا تنعقد إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون الوكالة بأجر وتفاوضا فى تقدير هذا الأجر فلم يصلأ إلى اتفاق فى هذا الشأن^(١) .

٢٢١ — الوكالة الضمنية : قدمنا^(٢) أن رضا كل من الموكل والوكيل يصح أن يكون ضمناً ، فتكون الوكالة فى الحالتين وكالة ضمنية (mandat tacite)^(٣) . أما أن يكون رضا الوكيل ضمناً ، فقد ورد فى هذا المعنى نص فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، إذ كانت المادة ٩٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمناً ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة . ٢ — وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة فى الحال »^(٤) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا

(١) ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ ، وأن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ . وقد نصت المادة ٧٧١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى على أنه « يجوز أن تكون الوكالة مقيدة بشرط ، وأن يعمل بها ابتداء من أجل معين أو إلى أجل معين » .

وتسرى القواعد العامة فى تفسير الوكالة . فإذا كانت المحكمة قد اعتمدت فى تفسيرها عقد الوكالة على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين المستفاد من الوقائع والملابسات التى اتصلت بتصرف الوكيل ، وكان ما انتهت إليه متسقاً مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع نصوص عقد الوكالة ، فذلك من شأنها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٠ .

(٣) ويغلب أن تطلق عبارة الوكالة الضمنية على الوكالة التى يكون رضا الموكل فيها ضمناً (بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤٨١ ص ٢٥١) . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تسمى الوكالة التى يكون رضا الوكيل فيها ضمناً بالوكالة الضمنية (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ فى الهامش . وقد نصت المادة ٩٢٩ من التقنين =

النص : « ولما كانت الوكالة عقداً ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل ، وأكثر ما يكون رضاء الموكل إيجاباً ورضاء الوكيل قبولاً . وقبول الوكيل قد يكون صريحاً أو ضمناً . ويعتبر قبولاً ضمناً من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولاً إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنته ، كما هو الأمر في المحامى والوكيل بالعمولة : انظر م ١٤٢ من المشروع ، أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها : انظر م ١٣٦ من المشروع »^(١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(٢) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . من ثم يجوز أن يكون رضاء الوكيل ضمناً . وأظهر تطبيق لذلك هو ما ورد في النص المحذوف من أن يتلقى الوكيل التوكيل من الموكل ، فلا يصدر منه قبول صريح ، وإنما يعتمد إلى تنفيذه ويقوم فعلاً بالتصرف القانوني الوارد في التوكيل ، فيكون هذا رضاء ضمناً بالوكالة . ويغلب في العمل أن يقع الأمر على هذا النحو ، فالموكل يكتب التوكيل عادة ويمضيه وحده ويسلمه إلى الوكيل ، فإذا قبل هذا الوكالة فإنه لا يمضى الورقة مع الموكل ، بل يعتمد إلى تنفيذ الوكالة ويكون هذا التنفيذ هو القبول الضمني للوكالة^(٣) . وقد أورد النص المحذوف تطبيقين آخرين لقبول الوكيل الضمني ، يمكن استخلاصهما هما الآخريين من القواعد العامة . فذكر النص أن الوكالة تعد مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل في مهنة الوكيل ، كما هو الأمر في المحامى والوكيل بالعمولة ، وذلك ما لم يرد الوكالة في الحال^(٤) . وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة

= المدنى العراقى على ما يأتى : « ١ - تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها . لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ، ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك . ٢ - وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل ، أو كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ، ولم يرد الوكالة في الحال ، عدت مقبولة » . ونصت المادة ٧٦٩/٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمناً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٨ في الهامش .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٩٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٤ - نقض فرنسى ٨ و ٩ يولييه سنة ١٨٩٥ داللو ٩٦ - ١ - ٨٥ .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٩٧ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ =

الأولى من المادة ٩٨ مدني وتجري بما يأتي : « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب » . وذكر النص أيضاً أنه إذا عرض شخص خدماته علناً على الجمهور في شأن الوكالة ، كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلاً عن منكوبي الحريق في حي معين للمطالبة بحقوقهم ، فتقدم أحدهم هؤلاء المنكوبين بتوكيله ، فإن الوكالة تعد مقبولة ما لم ترد في الحال^(١) . وليس هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الدعوة إلى التعاقد ، فمن دعا إلى التعاقد ، واستجاب له شخص ، يعتبر قابلاً للتعاقد معه إلا إذا كان لديه مانع مشروع ورد التعاقد في الحال . وفي جميع الأحوال لا تنجز الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هذا قبولاً ضمناً على النحو الذي قدمناه جزءاً من الوكالة اعتبر أنه قد قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون مخلاً بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة^(٢) .

وأما أن يكون رضا الموكل ضمناً ، فذلك ما يقع عادة إذا كانت صلة الموكل بالوكيل من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه الوكالة الضمنية من جانب الموكل^(٣) . ويتحقق ذلك في فروض كثيرة نذكر منها :

-
- = فقرة ١٤٤٢ - نقض فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٢٩٩ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٤١٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٢ .
- (١) جيوار فقرة ٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٩٩ .
- (٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٩٥ - السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٤ - ١ - ٥٠ .

(٣) وقد يكون رضا الموكل مستخلصاً من إذنه للوكيل أو من أمره له في أن يقوم بالعمل . وقد نصت المادة ٩٢٨ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « الإذن والأمر يعتبران توكيلاً إذا دلت القرينة عليه . والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة . أما الرسالة فلا تعتبر توكيلاً » . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز أن يكون التوكيل ضمناً ، ويثبت به بينة بالنسبة إلى الغير إذا كانت توجد قرائن قوية تحمل على صحة التوكيل كعلاقة أقرابة (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) . وانظر في هذا المعنى مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٦٠٣ - المنصورة الكلية الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٥ رقم ٧٨ ص ٢١٦ - استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ ثم ١١ ص ٧٧ .

ومع ذلك فانظر في أن رضا الموكل لا يجوز أن يكون ضمناً بل يجب أن يكون صريحاً ، وفي تخريج حالات الوكالة الضمنية التي يستخلص فيها رضا الموكل الضمني جوسران ٢ فقرة ١٤٠٥ - =

١ - الوكالة الضمنية الصادرة لخدم المنزل ، فالمفروض أن الخادم وكيل عن سيده في شراء الحاجات المنزلية المألوفة^(١) . ولا تفترض هذه الوكالة إذا كان الشراء بالنسيئة ، إلا إذا جرت عادة السيد أن يشتري نسيئة^(٢) .

٢ - الوكالة الضمنية الصادرة من الزوج لزوجته (mandat domestique) في شراء الحاجات المنزلية والمفروشات والأمتعة التي تقتضيها عادة الحياة الزوجية^(٣) ، وفي دفع المصروفات المدرسية للأولاد^(٤) ، وأجرة الطبيب وثمان الأدوية^(٥) ، وغير ذلك مما يكون من المألوف أن تشتريه الزوجة لحساب الحياة الزوجية ، وذلك في غير إسراف وبالقدر الذي يتناسب مع موارد الزوج المالية^(٦) ، ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع^(٧) . ولا تقوم

= فقرة ١٤٠٦ - وانظر في انتفاء فكرة الوكالة الضمنية Lecomte في الوكالة المنزلية للمرأة المتزوجة باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢ وما بعدها - أكرم أمين الخولي فقرة ١٧٦ ص ٢٢١ .

(١) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يولييه سنة ١٨٩٣ - ٦ مارس سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٥ - ١٠ - باريس ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٢) السين ١٠ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت دي باليه ٩١ - ١ - ٤٢٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٥٨٦ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٧ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٠ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٢٤٩ - السين ٩ يونيو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٢٦ - ديرانتون ١٤ فقرة ٢٥٠ - ديمولومب ٤ فقرة ١٦٩ - فقرة ١٧٠ - لوران ٢٢ فقرة ١٠٨ - جيوار فقرة ٤٩ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٠ - أما وكالة الزوج عن زوجته فلا تستخلص ضمناً من مجرد قيام رابطة الزوجية (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٣ ص ٦٠١) . وقضى بالألا يعتبر الزوج وكيلا عن زوجته إلا بتوكيل صريح (مصر الوطنية ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٤٠١) . (٤) مارسيليا ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام إكس ٨٩ - ٢ - ٣٨ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٥) بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٦) السين ١٤ يناير سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ - باريس ٥ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ٢ - ٤٩٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٢ - ١٣٣ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

(٧) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ - ١ - ١١٥ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا^(١) ، أو كانت تتقاضى نفقة من زوجها^(٢) ، أو أرسل الزوج إخطاراً للتاجر بأن الزوجة ليست وكيلة عنه^(٣) : ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا كانت المرأة خلية لا زوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية^(٤) . وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة في أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها في تجارته^(٥) : وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر عن أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية^(٦) .

٣- الوكالة الضمنية الصادرة من المخدم للمستخدم في الشؤون التي يستخدم فيها هذا الأخير ، فيما جرت العادة أن ينوب فيه المستخدم عن المخدم . فالمحامى ينوب عنه وكيل مكتبه ، والطبيب ينوب عنه « تمرجى » عيادته ، والتاجر ينوب عنه مستخدمو المتجر^(٧) ، وناظر العزبة

(١) باريس ٧ و ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ٥ - ٢٥٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ٣٠٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٣) نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٤ - ١ - ٣٩٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٨٥ .

(٤) السين ٣٠ يولييه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت دى تريبينو ١٠ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٢٤ - ٥ مايو سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٤٢٩ - باريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤ - ١ - ١٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ وهامش ١ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٨٦ مكررة ثالثاً .

(٥) نقض فرنسي ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٩٦ - باريس ٩ يناير سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضاى (Sem.Jur.) ١٩٢٨ - ٣٢٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٦) السين ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ - ١ - ٦٠١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - أما بالنسبة إلى الأولاد البالغى سن الرشد فلا تقوم الوكالة الضمنية .

(٧) باريس ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى تريبينو ٢٣ يناير سنة ١٩٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يعتبر توكيلاً ضمناً ملزماً للموكل كالتوكيل الصريح حالة ما إذا كان الموظف معيناً رئيساً لفرع محل تجارى ، ويعمل بالنسبة إلى علاقاته =

ينوب عن صاحبها^(١) .

٤ - الوكالة الضمنية الصادرة من الشركاء في الشروع لشريك لهم في إدارة المال الشائع ، تطبيقاً للفقرة الرابعة من المادة ٨٢٨ مدني وتجرى بما يأتي :
« وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين ، عد وكيلاً عنهم »^(٢) .

٥ - الوكالة الضمنية الصادرة للمحضر في قبض الدين من المدين الذي يعلنه وفي إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع الدين للمحضر^(٣) .

= مع التجار والمصارف باسمه وحساب ولصالح هذا المحل ، فيشتري البضائع المرسله ويدفع ثمنها من أموال المحل المودعة تحت تصرفه في أحد المصارف كما يسحب عليها بإمضاء الشركة ومن غير أي معارضة من المحل على تصرفاته هذه . ولهذا فالسندات التي يحررها الوكيل بتوكيل ضمنى تكون حجة على الموكل ، خصوصاً إذا كانت تحررت بسبب مشتريات لصالح المحل (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤) . ومع ذلك انظر في أن رئيس فرع للمبيعات في محل تجارى لا يملك أن يعقد باسم المحل التزاماً لأجل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٤٦ .

ولكن البواب لا يكون وكيلاً عن صاحب العمارة في قبض الأجرة من السكان إلا إذا فوض في ذلك (السين ١٦ فبراير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٢ - ١٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ هامش ٥) .

(١) ويبدو أنه لا مانع من اعتبار أن هناك توكيلاً ضمنياً لناظر العزبة في شراء البذور والمواشى والأسمدة ، وفي التعاقد لرى الأرض وتأجير عمال للزراعة وغير ذلك من الأعمال التي تدخل في نطاق عمله (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ - محمد على عرفة ص ٣٥٧) - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلاً عن المالك ، فتصرفاته في غير الأعمال الزراعية هي أعمال تمهيدية خاضعة لقبول المالك أو رفضه ولو أعطى الناظر المذكور لنفسه صفة «وكيل دائرة» ، ولا يمكن اعتبار الورقة الصادرة من مثل هذا الشخص مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الإثبات بالبيئة في حق المالك ، لأنه يشترط أن تكون الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة صادرة من نفس الخصم المراد الإثبات ضده وهي صادرة من شخص لا صفة له في إصدارها بالتوكيل (استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤٠) - وعلى كل حال لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو في صورة صلح (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) ، وليس له حق التقاضى باسم الموكل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .
(٢) وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٤٠ سيرييه ٤٠ - ١ - ٩٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٠ - ولكن قارن نقض فرنسي ١٨ أبريل سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٣٣٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٦ (مسألة واقع ترك التقدير قاضى الموضوع) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت ، فى الحالات المتقدمة وغيرها من الحالات ، فيما إذا كانت هناك وكالة ضمنية ، على أن يبين فى أسباب حكمه قيام عناصر الوكالة ، وعلى أن يطبق تطبيقاً صحيحاً قواعد الإثبات (١) .

٢٢٢ - التوكيل على بياض : يقع فى بعض الأحيان أن يصدر الموكل توكيلاً يترك فيه بياضاً مخصصاً لاسم الوكيل فلا يذكر وكيلاً معيناً بالذات ، بل يترك البياض لكتابة اسم الوكيل فيما بعد ، وهذا ما يسمى بالتوكيل على بياض (mandat en blanc, blanc-seing). (٢) ويكون ذلك عادة عندما يكون العمل الموكل فيه محدود الأهمية ، ولا يعنى الموكل من يكون وكيله فيه فأى شخص يصلح أن يكون وكيلاً . مثل ذلك عضو فى مجلس إدارة إحدى الجمعيات أو أحد النوادى يعتذر عن عدم حضور جلسة بشخصه ، ويرسل لمجلس الإدارة بتوكيل على بياض ، فيملاً مجلس الإدارة البياض باسم أحد أعضاء المجلس ليكون وكيلاً عن العضو الغائب فى خصوص أعمال هذه الجلسة المعينة . ومثل ذلك أيضاً أحد المساهمين فى شركة يدفع بتوكيل على بياض لمساهم آخر لحضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، فيملاً المساهم الآخر البياض باسم أحد أعضاء الجمعية العامة ليكون وكيلاً عن المساهم الغائب . وهناك اعتراضان على هذه العملية . أحدهما قانونى ، هو أن الوكالة يدخل فيها الاعتبار الشخصى لذات الوكيل ولا يتفق هذا مع توكيل شخص غير معين بالذات . والاعتراض الثانى عملى ، هو أن توكيل شخص غير معين بالذات دليل على عدم اهتمام الموكل بالعمل الذى وكل فيه ، ويظهر خطر ذلك بوجه خاص فى التوكيل على بياض الذى يصدر من مساهمى الشركة ، فهم بذلك يدعون أمور الشركة تبت فيها أقلية منهم يسيطر عليها عادة مجلس الإدارة (٣) .

(١) نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ داقوز ٩٥ - ١ - ٢٢٦ - ١٥ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٤٥٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٠٠ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٣٢ - ١٣ مايو و ٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٥٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٥ - الواسطى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٦ المحامة ١٧ رقم ١٦٥ ص ٣٤٣ .

(٢) ترولون فقرة ١٠٣ - بون ١ فقرة ٨٦٠ - لوران ٢٧ فقرة ٣٩١ - جيوار فقرة ٣٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤٢١ و فقرة ٤٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ .

(٣) على أن القضاء الفرنسى لا يبطل مداولات الجمعية العامة إلا فى الحالات التى يسميها =

ولكن يمكن تحليل العملية من الناحية القانونية على الوجه الآتى : الموكل فى التوكيل على بياض قد وكل من دفع له هذا التوكيل - مجلس إدارة الجمعية أو المساهم الآخر - لا فى القيام بالتصرف القانونى محل التوكيل ، بل فى اختيار وكيل للقيام بهذا التصرف . فتكون هناك وكالتان . الوكالة الأولى صدرت من الموكل لمن تسلم التوكيل على بياض ، ومحله توكيل شخص عن الموكل فى القيام بتصرف قانونى معين ، وهذه وكالة جائزة . والوكالة الثانية تنفيذ للوكالة الأولى ، فيوكل الوكيل شخصاً معيناً ينوب عن الموكل فى القيام بالتصرف القانونى ، ويقبل هذا الشخص المعين الوكالة ، وهذه أيضاً وكالة جائزة (١) .

مجلس الإدارة استعماله لطريقة التوكيل على بياض للحصول على سلطات استثنائية (ريبير فى القانون التجارى فقرة ١٠٧٤ - أكم أمين الحول فقرة ١٦٠ ص ٢٠١ هامش ١) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ - نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ٥٩ - وتترتب فى ذمة هذا الشخص المعين جميع التزامات الوكيل ، ويجب أن يودى للموكل - لا الوكيل الأول الذى اختار هذا الوكيل - حساباً عن الوكالة ، ولا يجوز القول بأنه لم يكن إلا اسماً مستعاراً لوكيل آخر (أنجيه ٥ مايو سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام أنجيه ٩١ - ١٨٧ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤٢١) . وفى هذا يفرق عن نائب الوكيل ، فنائب الوكيل يودى حساباً للوكيل الأصلى لا للموكل (نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٨ - ١ - ١١١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) .

ويقرب من التوكيل على بياض التوكيل لحامله (mandat au porteur) ، فيعطى الموكل توكيلاً لحامله للشخص دون أن يذكر اسمه ، ولهذا أولغيره من يسلم إليه التوكيل لحامله أن يقوم بتنفيذ الوكالة ، والحامل الأخير للتوكيل هو الذى يعتبر وكيلًا ويكون مسئولاً قبل الموكل . ويمكن تحليل التوكيل لحامله على أنه توكيل لحامل الورقة فى أن يقوم بتنفيذ الوكالة بنفسه أو فى أن ينوب عنه فى تنفيذ الوكالة شخصاً آخر هو الذى يسلمه الورقة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣) . وبذلك يختلف التوكيل لحامله عن التوكيل على بياض ، إذ التوكيل لحامله يتضمن توكيلاً أصلياً وإثابة فى التوكيل ، أما التوكيل على بياض فيتضمن وكالتين أصليتين . ومع ذلك فقد قضى بطلان التوكيل لحامله فى وكالة بالعمولة لحاملها لأحد مكاتب الأعمال وصحة الوكالة على بياض (باريس ٢٣ مايو سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢١ - ٢ - ٣٣ مع تعليق بنكاز - أكم أمين الحول فقرة ١٦٠) - وانظر Vaileur فى الاعتبار الشخصى فى العقود رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ فقرة ٤٨ : ويشير إلى Voirin وهو يذهب إلى أن التوكيل لحامله ليس من حالات إثابة الوكيل لغيره . إذ أن هناك وكيلًا واحداً هو الحامل للتوكيل . وانظر فى صحة كل من التوكيل على بياض والتوكيل لحامله أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ : ويقررون أن الموكل يكون مسئولاً عن يوكله فى أداء وظيفة تتعلق به ، سواء عين الوكيل بالاسم أو كان التوكيل على بياض .

وكما يجوز ترك بياض لاسم الوكيل ، يجوز كذلك ترك بياض للتصرف القانون محل الوكالة : فيوكل شخص شخصاً آخر معيناً بالذات في تصرف قانوني لا يعينه ، بل يترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك ويعين بنفسه التصرف القانوني الذي وكل في إجرائه . والأصل في التوكيل على بياض في هذه الحالة أن يكون توكيلاً عاماً في عمل أو أكثر من أعمال الإدارة لم يستطع الموكل تحديدها مقدماً ، فترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك عندما تتحدد مهمته . فإذا جاوز الوكيل حدود التوكيل بحسب ما تفاهم عليه مع الموكل ، لم يضار الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل وهو مجاوز لحدود وكالته ، ونفذ أثر التصرف في حق الموكل^(١) . وليس لهذا الأخير إلا أن يرجع على الوكيل لإساءته ملء البياض بما لا يطابق الواقع . ويجب على الموكل ، حتى يستطيع الرجوع على الوكيل ، أن يثبت أولاً أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد ، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة : فإذا فرغ الموكل من إثبات ذلك ، وجب بعد هذا إثبات حدود الوكالة حتى يمكن التثبت من أن الوكيل في ملأه للبياض قد جاوز هذه الحدود ، ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأً ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان في حدود الوكالة^(٢) .

٢٢٣ - شكل الوكالة - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك »^(٣) .

(١) نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٨٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٥٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ .

(٢) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ١ - ١٤٥ - ١١ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ١٥١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤ .

ويمكن كذلك تصور أن يكون التوكيل على بياض من ناحية اسم الوكيل ومن ناحية التصرف القانوني محل الوكالة ، وذلك في وقت واحد (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤) .

(٣) تاريخ للنص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه =

ولما كان الأصل في التصرفات القانونية أن تكون رضائية لاستتوجب شكلاً خاصاً ، فكذلك الأصل في الوكالة أن تكون هي أيضاً رضائية . فالوكالة في البيع أو الشراء ، والوكالة في الإيجار أو الاستئجار ، والوكالة في القرض أو الاقتراض ، والوكالة في عقود الصلح والمقاوله والعارية والوديعة والكفالة وغير ذلك من العقود الرضائية ، تكون رضائية مثل العقد الذي هو محل الوكالة ، ولا تستوجب شكلاً خاصاً لانعقادها . كذلك الوكالة في قبول الوصية ، وفي قبول الاشتراط لمصلحة الغير ، وفي تطهير العقار المرهون ، تكون رضائية مثل التصرف القانوني الصادر من جانب واحد الذي هو محل الوكالة ، ولا تستوجب شكلاً خاصاً لانعقادها . وهناك عقود شكلية تقتضي لانعقادها شكلاً خاصاً ، ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلاً ، فهذه تكون الوكالة فيها أيضاً شكلية (١) .

= مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٠ - ص ١٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل - ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فيعمل به في العراق .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٥ : لا يجوز إعطاء الوكالة إلا بالصيغة المقتضاة للعمل .

للذي يكون موضوع التوكيل ، ما لم يكن هناك نص قانوني مخالف . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٧٠٠ مدني سالف الذكر ، ويقضي بأن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني في محل الوكالة . بل إن المادة ١/١٩٥٨ مدني فرنسي تقضي بأن الوكالة عقد رضائي ويصح أن تكون شفوية ، يتابع الفقهاء والمحاكم النصوص المتفرقة التي تقضي في حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة (بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠) ، وكذلك النصوص التي تقضي في حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة في ورقة رسمية (بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٦٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٠) ، ثم يستخلصون قاعدة يذهبون فيها إلى وجوب التمييز بين ما إذا كانت الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المطلوبة لانعقاد التصرف القانوني واجبة لضمان سلامة التصرف ولحماية المتعاقدين وتبصيرهم =

فالوكالة في الهبة يجب لانعقادها أن تكون في ورقة رسمية كالهبة ذاتها محل الوكالة . ولكن هذا مقصور على توكيل الواهب لغيره في أن يهب ما لا له نيابة عنه ، إذ إيجاب الواهب هو وحده الذي يجب أن يكون في ورقة رسمية . أما قبول الموهوب له فلا تشترط فيه الرسمية^(١) ، ومن ثم يكون توكيل الموهوب له غيره في قبول الهبة عقدا رضائياً لا يستوجب شكلاً خاصاً لانعقاده . وكالوكالة في الهبة الوكالة في الرهن الرسمي ، يجب أن يكون توكيل الراهن غيره في رهن العقار مكتوباً في ورقة رسمية ، أما توكيل الدائن المرتهن غيره في أرتهان العقار فهو عقد رضائي لا يستوجب شكلاً خاصاً لانعقاده^(٢) .

= بمواقب تصرفاتهم وفي هذه الحالة يجب أن تكون الوكالة أيضاً في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية تبعاً للتصرف محل الوكالة للاعتبارات ذاتها ، وبين ما إذا كانت الورقة واجبة لحماية الغير وفي هذه الحالة لا يشترط أن تكون الوكالة مكتوبة إذ يكفي لحماية الغير أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة ذاته مكتوباً (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٦٥ - فقرة ٤٧٢ وفقرة ٤٧٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠ - فقرة ١٤٥١ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٥٠٢٩ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥١ - چوسران ٢ فقرة ١٤٠٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠٢) .

ولكن التقنين المدنى المصرى جاء بنصر عام هو المادة ٧٠٠ مدنى سالف الذكر ، ويقضى بأن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة ، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير . كما فعل ذلك أيضاً في الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفى الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م ٢/١٠١ مدنى) ، دون تمييز بين حالة وحالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوباً لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير ، فى الحالتين يجب أن تستوفى الوكالة الشكل المطلوب للتصرف القانوني محل الوكالة (انظر فيما يتعلق بالشكل في الوعد بالتعاقد ووجوب عدم التمييز بين حالة وحالة الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص ٢٥٤ هامش ١) . ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى أنه يجب في القانون المصرى ، بالرغم من إطلاق نص المادة ٧٠٠ مدنى ، إجراء نفس التمييز الذى أجراه الفقه والقضاء فى فرنسا بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير (محمد كامل موسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٥ - محمد على عرفة ص ٣٥٤) . ويشير الأستاذ أكرم أمين الحولى إلى هذا التمييز ، ويعقب عليه بما يأتى : « ويصعب إيجاد مثال فى القانون المصرى على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير » (أكرم أمين الحولى فقرة ١٦٣) . وهذا ما يجعل التمييز المشار إليه ليست له أهمية عملية فى التقنين المصرى الجديد .

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣٢ :

(٢) محمد كامل موسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٤ .

ومحو قيد الرهن الرسمي (شطب الرهن الرسمي) تصرف قانونى شكلى (م ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) ، فكذلك التوكيل الذى يعطيه الدائن المرتهن للغير لإجراء المحو يجب أن يكون رسمياً^(١) .

وعقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً ولو فى ورقة عرفية ، وإلا كان باطلا (م ٥٠٧ مدنى) ، فهو إذن عقد شكلى . ومن ثم تكون الوكالة فى عقد الشركة عقداً شكلياً ، ولا تنعقد إلا بورقة مكتوبة ولو كانت ورقة عرفية^(٢) .

وقد جاءت العبارة الآتية فى آخر المادة ٧٠٠ مدنى سالف الذكر : « ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . فإذا وجد نص يقضى بأن يكون التوكيل فى شكل معين ، وجبت مراعاة هذا الشكل ، دون نظر إلى ما إذا كان التصرف القانونى محل التوكيل شكلياً أو غير شكلى ، ودون نظر إلى ماهية الشكل المطلوب لهذا التصرف . مثل ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو الوكيل بالخصومة ، فقد نصت المادة ٢٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى شأنه على ما يأتى : « يجب على المحامى أو على أى وكيل آخر يكلف بالحضور عن الخصوم أمام المحاكم أن يقدم توكيله إلى قلم الكتاب فى اليوم المعين للحضور ، فإذا كان التوكيل بورقة غير رسمية وجب التصديق على الإمضاء . وإذا حضر الموكل مع المحامى أثبت كاتب المحكمة ذلك فى محضر الجلسة بعد أداء رسم التوكيل ورسم الدمغة المستحقين عليه ، وقام هذا مقام التصديق على الإمضاء^(٣) » .

(١) عمر أبو شادى فى شهر الحقوق العقارية سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٦٥ ص ٣٠٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد شكل الوكالة ، ما يأتى : « وإذا كان العمل القانونى المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلاً خاصاً كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص فى الوكالة . أما إذا كان القانون يتطلب شكلاً معيناً فى هذا العمل ، كالرهن الرسمى والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل فى رهن أو هبة يجب أن يكون فى ورقة رسمية . ويتبين من ذلك أنه إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً فى عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فى الوعد بهذا العقد . : وفى التوكيل فيه .. » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ٥ ص ١٩٢) .

(٣) وتنص المادة ٢٨ من قانون المحاماة على ما يأتى : « المحامى الذى صدر له توكيل عام مصدق عليه قانوناً ويتضمن نيابته عن أحد الخصوم أمام المحكمة الابتدائية أو أمامها وأمام المحاكم التابعة لها وللمحكمة الاستئناف الدائرة فى دائرتها يعنى من تقديم أصل التوكيل اكتفاء بصورة رسمية منه ليودعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية ، ويعمل به أمامها وأمام المحاكم التابعة لها وأمام محكمة »

= الاستئناف الداخلة في دائرتها . وتتخذ المحكمة الابتدائية سجلاً تقيّد فيه التوكيلات التي تقدم لها من هذا القبيل ، وتحرر من واقع كشفها وترسل إلى المحاكم المبيّنة آنفاً . وإذا كان التوكيل بعقد رسمي ، اكتفى بإثبات رقم التوكيل وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة . أما الحضور أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا فيجب أن يكون بتوكيل يقدم إليها ، فإن كان عاماً اكتفى به في جميع قضايا الموكل التي تنظر أمامها دون حاجة للحصول على صورة رسمية منه في كل قضية .

وانظر في وجوب مراعاة الشكل المقرر قانوناً لتوكيل المحامي : نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٣ ص ٣٩٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨ ص ٤٠ - وقارن نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٤ ص ١٠٤١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٠ ص ٦٩٨ (وتقول المحكمة ، في توكيل للمحامي حرر بعد أن أعلن المحامي صحيفة الدعوى ، بأن الطعن في صفة المحامي لحضوره أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن فقدته الصفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانها ، واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك في الورقة ولم يرض بها ، كل هذا تجاوز في الاستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب في علاقة ذوي الشأن بوكلائهم ، تلك العلاقة التي لا يجوز للقضاء التدخل فيها إلا في صورة إنكار ذي الشأن لوكالة وكيله (désaveu) . وقضى أيضاً في نفس المعنى بأنه وإن كان القانون يشترط في الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لإثبات الوكالة ، إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامي بالوكالة ، فإن هذا يكفي دليلاً في الإثبات ، فلا يجوز للقضاء التصدي لعلاقة ذوي الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله . فإذا باشر المحامي إجراء قبل أن أن يستصدر توكيلاً له من ذي الشأن الذي كلفه بالعمل ، فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلًا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، جاز لخصومه محافظة على حقوقهم إبداء الطلبات التي يميزها لهم القانون في هذا الخصوص (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٧ ص ٣١٢ - استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٦) .

وانظر في أن المحامي الذي يقرر الطعن بالنقض يجب أن يكون موكلًا عن الطاعن وإلا كان الطعن باطلاً : نقض مدني ١١ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٢ ص ٤٧٦ - وأنه يجب أن يكون هذا المحامي مقبولا أمام محكمة النقض وقت التقرير بالطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل : نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٤ ص ٥٥٢ .

وانظر في أن التوكيل الصادر من يوناني في مصر لحام يجب أن يكون في ورقة رسمية أو مصدقاً فيه على الإمضاء من مكاتب التوثيق ، ولا يكفي اعتماد السفارة اليونانية لإمضاء الموكل : نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٥ ص ٤١٧ .

وإذا نزل المحامي عن الاستئناف اعتبر النزول من وقته لا من وقت توكيله توكيلاً خاصاً في ذلك ، ما دام الموكل لم يتصل من عمل المحامي (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٥) .

٢٢٤ - إثبات الوطأة : ولا يوجد نص خاص في إثبات الوكالة ،

فوجب تطبيق القواعد العامة في الإثبات^(١) . ومن ثم لا تثبت الوكالة ، إذا زادت قيمة التصرف القانوني الموكل فيه على عشرة جنيهات ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٢) .

وقد جرت العادة أن الموكل يدفع إلى الوكيل توكيلا مكتوباً^(٣) فينفذ هذا الأخير الوكالة ، ويعتبر تنفيذه لها كما قدمنا قبولا ضمناً . وفيما بين الموكل والوكيل ، يستطيع الوكيل أن يثبت الوكالة قبل الموكل بهذه الورقة المكتوبة . فإن لم توجد ، وكانت قيمة الوكالة تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له أن يثبت الوكالة بمبدأ ثبوت بالكتابة معزراً بالبيئة أو بالقرائن . كما يجوز له أن يثبتها بالإقرار وباليمين^(٤) . وإذا وجد مانع ولو أدبي من الحصول على

(١) وعبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج بها الموكل على الوكيل ليطالبه بالتزاماته كان عليه أن يثبتها ، وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة للمطالبة بأجره أو بما انفق من المصروفات مثلاً كان على الوكيل أن يثبت الوكالة (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٠٧) . وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانوني الذي عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ، وكذلك يكون على الموكل أن يثبت الوكالة إذا احتج بها على الغير للمطالبة بهذه الآثار.

(٢) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٤٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ - أول يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣١ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيري ١٩٠٢ - ١ - ٤٨٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٤٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٨١ - ١٦ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٧٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ١ - ١٠٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٠١ ص ٢٦٦ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٨ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٠ - چوسران ٢ فقرة ١٤٠٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١١٤ - فقرة ١٢٦ :

(٣) وقد يرسل الموكل التوكيل للوكيل في برقية (الجزائر ٧ أبريل سنة ١٨٨٤ دالوز

٨٥ - ٢ - ١٨٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ هامش ٦) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٨ - ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م

٤٧ ص ٣٤٥ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ - وانظر في الإقرار بالوكالة عن طريق عدم المنازعة في صدورهما في جميع أدوار التقاضي : نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ =

الكتابة ، كما هو الأمر فيما بين الزوجين والأقارب والأصهار ^(١) ، جاز الإثبات بالبيئة والقرائن . كذلك يجوز للموكل أن يثبت الوكالة قبل الوكيل بالكتابة ، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبيئة أو بالقرائن ، أو بالإقرار ^(٢) ، أو باليمين . وإذا جرى العرف بالأخذ بكتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ورب العمل والعامل وفي أكثر حالات الوكالة الضمنية ^(٣) ، جاز الإثبات بالبيئة أو بالقرائن ^(٤) .

= رقم ٢٤٨ ص ٦٥٥ - وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمناً من الأدلة التي يجيزها القانون لإثبات الوكالة ، وإذا كان الموكل لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوكالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة إذا زاد موضوع التصرف محل الوكالة على عشرة جنيهات ، فإنه لا يملك التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام محكمة النقض إلا ما كان معروضاً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦) .

(١) نقض فرنسي ٨ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٦ .
(٢) ويعتبر إقراراً قبول الموكل تقديم حساب له من الوكيل ، كما يعتبر إقراراً اعتراف الموكل بالوكالة في مذكرة مكتوبة في خصومة بينه وبين الوكيل (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٢) . ويقرب من الإقرار أن يحسب صاحب الفندق للخدم ١٠٪ من قيمة ما يتقاضاه من العميل ، فيكون هذا بمثابة إقرار مكتوب منه بأنه قبض هذا المبلغ لحساب الخدم (نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٤٠) . وإذا أثبت الموكل أن الوكيل كان على علم بضدور التوكيل له ثم نفذ الوكالة ، جاز له الإثبات بهذه القرينة ولو زادت القيمة على عشرة جنيهات لخريان العادة بذلك (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٣) .

(٣) وفي حالة ما إذا كانت الوكالة الضمنية لا يقوم فيها مانع من الحصول على الكتابة ، وجب الإثبات بالكتابة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٤ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٧ هامش ٢ مكرر ٣ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ - محمد علي عرفة ص ٣٦١ - ص ٣٦٢ - وقارن بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٤ - مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٣٠٦ - محرم بك ١٤ فبراير سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٧ ص ١٥٧٧) - أما إذا وجد مانع من الإثبات بالكتابة ، كقيام علاقة الزوجية أو القرابة أو إذا أراد الغير إثباتها قبل الموكل ، فإنه يجوز الإثبات بجميع الطرق (كولان وكايتان ودني لامورانديز ٢ فقرة ١٣٥٢) - وهذا كله عن إثبات لإيجاب الموكل في الوكالة الضمنية ، أما إثبات قبول الوكيل ، ويستخلص ضمناً من تنفيذه للوكالة ، فيكون بجميع الطرق ، لأن القبول إنما يستخلص من واقعة مادية (محمد علي عرفة ص ٣٦٠) .
(٤) انظر في الزوجية والقرابة وعلاقة الخدمة وعرفه بعض المهين كوانع أدبية تحول دون الحصول على الكتابة الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ - فقرة ٢٣٩ .

وفي الوكالة التجارية^(١) ، وكذلك في الوكالة المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، يجوز الإثبات ، من الوكيل قبل الموكل ومن الموكل قبل الوكيل ، بجميع طرق الإثبات ويدخل فيها البينة والقرائن .

وبالنسبة إلى الغير الذي يتعامل معه الوكيل ، لا تعتبر الوكالة واقعة مادية ، لأن هذا الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفاً فيها^(٢) ، فهو في موقف يقرب من المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية^(٣) . ويترتب على ذلك أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل لا يستطيع أن يثبت الوكالة التي يحتج بها على الموكل إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات^(٤) . ومن ثم يجوز له أن يطلب من الوكيل قبل أن يتعاقد معه ورقة مكتوبة تثبت الوكالة^(٥) ، بل

(١) استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤٠ - مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحامة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ - نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٨٣ - ١٣ مايو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٥٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢ - ١ - ٢١٥ .

(٢) إذ هي التي تضاف صفة النيابة على الوكيل فتجعله ذا صفة في التعاقد معه (قارن أكرم أمين الخول فقرة ١٦٤ ص ٢٠٦) .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ١٨٤ ص ٣٤٥ هامش ١ .

(٤) جيوار فقرة ٦٦ - ترولون فقرة ١٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ١٠ (ولكن انظر فقرة ٥٠٩) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٤٣ ص ٨٨٤ - ص ٨٨٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٨ - نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ١١٤ - أول أغسطس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣٥٧ - ١٩ يولييه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ١ - ١٢٥ - ٢ مارس سنة ١٩٢١ دالواز ١٩٢٤ - ١ - ١٩٤ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٤٠ - ولكن الغير يستطيع الإثبات بالبينة والقرائن إذا كانت الوكالة تجارية أو إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة ما بين الموكل والوكيل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦) .

(٥) دي پايج ٥ فقرة ٣٧٢ - وليس من الضروري أن يكون إمضاء الموكل مصدقاً عليه (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥) ، ولكن يجب أن تكون الوكالة كافية في إضفاء صفة النيابة على الوكيل في التصرف الذي يقوم به ، فيكون الغير مقصراً إذا تعاقد مع وكيل بالرهن دون أن تكون وكالته خاصة بالرهن ، بل كانت وكالة عامة أو وكالة في غير الرهن (نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٠٢) . ولا يكفي أن يثبت الغير نص التوكيل في العقد الذي يبرمه مع الوكيل ، فتقبل النص لا يصلح حتى كيداً ثبوت بالكتابة للاحتجاج به على الموكل لأنه لم يصدر منه ، ولكن إذا لم يكن التوكيل صحيحاً فنقله يعتبر تزويراً =

له أن يطلب ورقة رسمية في الحالات التي لا تنعقد فيها الوكالة إلا بهذه الورقة على النحو الذي سبق بيانه . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيع » ، فحذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ^(١) . ولا يكفى لإثبات الوكالة في قبض الدين أن يبرز الوكيل للمدين - وهو الغير الذى يتعامل معه الوكيل - سند الدين في يده ، ولا يجوز له أن يتخذ من حيازة سند الدين قرينة على أنه موكل من الدائن في قبضه^(٢) . ولكن يكفى لإثبات الوكالة في قبض الدين أن يقدم الوكيل للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن ، وقد نصت المادة ٣٣٢ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً »^(٣) .

٢٢٥ - متى يكون عقد الوكالة مدنياً ومتى يكون تجارياً : تكون الوكالة مدنية أو تجارية بالنسبة إلى الموكل بحسب ما إذا كان التصرف القانونى

= من جانب الوكيل إذا كان عالماً بعدم صحته (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥ - ٨٨٦) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٤ ص ٢٠٠ هامش ١ - وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١ حيث وردت الأسباب التي دعت لجنة مجلس الشيوخ إلى حذف هذا النص ، ولخصت هذه الأسباب في تقرير اللجنة المذكورة على الوجه الآتى : « حذفت هذه الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، وفي القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها » . وقد كان التقنين المدنى القديم يذهب إلى أبعد من ذلك ، فكان ينص في المادة ٦٣٤/٥١٨ منه على ما يأتى : « لمن يعامل الوكيل الحق في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » . ولكن التقنين المدنى الجديد لم ينقل هذا النص ، وترك الغير الذى يتعامل مع الوكيل حراً في تقدير الموقف ، فقد يرفض التعامل مع الوكيل إلا إذا قدم هذا صورة رسمية من سند التوكيل ، أو يكتفى بتوكيل عرى مصدق فيه على إمضاء الموكل أو غير مصدق ، أولاً يطلب إبراز أى توكيل مكتوب إذا كان واثقاً من قيام الوكالة (محمد على عرفة ص ٣٥٤) ، مع ملاحظة أنه يحمل عبء إثبات الوكالة على النحو الذى قدمناه .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٩٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦ .

(٣) فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن في يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة =

محل الوكالة مدنياً أو تجارياً بالنسبة إليه . فإذا صدر توكيل من الموكل في تصرف تجارى ، كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف القانوني كان عملاً من أعمال المضاربة فيدخل في الأعمال التجارية ، كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل . وإذا صدر التوكيل في تصرف مدني ، كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولم يكن التصرف مما يدخل في الأعمال التجارية ، كانت الوكالة مدنية بالنسبة إلى الموكل . ويرتب على ذلك أن توكيل سمسار في شراء أسهم للاستغلال يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وفي شراء أسهم للمضاربة يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إليه (١) . وتوكيل التاجر لشخص في شراء منزل لسكنه يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وتوكيله في شراء بضائع لتجارته يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إليه (٢) . أما بالنسبة إلى الوكيل ، فإن الوكالة تعتبر تجارية إذا كان تاجراً وكانت الوكالة تدخل في أعمال تجارته ، وتعتبر مدنية إذا لم يكن تاجراً ولو دخلت الوكالة في أعمال مهنته . فوكالة السمسار في شراء منزل للسكنى تعتبر وكالة تجارية بالنسبة إلى السمسار (٣) ، وإن كانت مدنية بالنسبة إلى الموكل . ووكالة المحامي عن تاجر في قضية تجارية تعتبر وكالة مدنية بالنسبة إلى المحامي (٤) ، وإن كانت تجارية بالنسبة إلى الموكل .

« وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فللمدين في هذه الحالة ألا يني بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفي لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم بها البواب إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة في قبض الأجرة (الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ ص ١٧٦ وهامش ٤) .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٥٠٠ - ٤ يولييه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ - ١ - ٥٢ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٧ .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١٢٧ - ٤ يولييه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ - ١ - ١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ .

(٤) جاند ١١ يناير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٨ - ٤ - ٣١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٧٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ .

وتظهر أهمية اعتبار الوكالة مدنية أو تجارية بوجه خاص في الاختصاص وفي الإثبات . فإذا كانت الوكالة مدنية ، كان القضاء المدني هو المختص ، ولم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . أما إذا كانت الوكالة تجارية ، فإن القضاء التجاري يكون مختصاً ، ويجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن مهما بلغت قيمة الوكالة .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٢٢٦ — الأهلية وغيوب الإدارة : شروط صحة الوكالة هي شروط صحة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة ، وسلامة التراضى من عيوب الإدارة .

المطلب الأول

الأهلية في الوكالة

٢٢٧ — أهلية الموكل : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص في أهلية الموكل ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يجب أن يكون الموكل أهلاً أن يؤدي بنفسه العمل الذى وكل فيه » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(١) والقواعد العامة تتفق مع هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(٢) . وتقول .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ١٨٩ فى الهامش .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : « يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل من يملك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بالتصرف . ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولي ، ويصح توكيله بالتصرف الذى ينفعه بلا إذن وليه ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً له بالتجارة ، فإن كان مجبوراً ينعقد توكيله موقوفاً على إذن وليه » .

وتنص المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتى : « لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل نفسه أهلاً للقيام بموضوعها . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل ، بل يكفي أن يكون من ذوى التمييز » .

المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدده : « ولما كان العمل القانونى الذى يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م ١٥٨ من المشروع) ، وجب أن يكون الموكل أهلاً وقت الوكالة أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه . فإذا وكل فى بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافرها فى البائع ، وإذا وكل فى إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر ، وهكذا » (١) .

والعبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل العقد فى وقت واحد ، فلو أن الموكل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصبح الوكالة ، ولا تصبح أيضاً إذا كان الموكل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد (٢) .

وإذا لم يكن الموكل أهلاً لأن يؤدى التصرف القانونى محل الوكالة ، كانت الوكالة باطلة فلا تصفى على الوكيل صفة النيابة . فإذا تعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة كان العقد باطلاً ، حتى لو كان الوكيل حسن النية ، وحتى لو كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ - استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ - أوبرى وروولسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ - ٢١٠ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ - محمد على عرفة ص ٣٦٢ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ - ويجوز للشركة أن تقيم عنها وكيلاً فيما تملك التصرف فيه . وإذا نصب أحد الشركاء وكيلاً فقد يصعب التمييز بين ما إذا كان هذا الشريك قد نصب الوكيل نيابة عن الشركة أو نصب وكيلاً عنه شخصياً ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى المسألة (بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٤) .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٧ ص ٢١٤ هامش ١ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ ص ١٩٥ هامش ٢ (حيث وقفنا عند وقت مباشرة الوكيل للعقد ، والصحيح أنه يجب الاعتداد أيضاً بوقت الوكالة) - وانظر فى أن العبرة بوقت الوكالة : محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١٢ - محمد على عرفة ص ٣٦٣ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ (ولكن هؤلاء يحتفظون فيقولون بتأثر عقد الوكالة بموت الموكل وقت تعاقد الوكيل أو بتغير أهليته) . وقد قضى بأن الوكالة الصادرة من قاصر لشخص بأن يبيع له عقاراً تكون باطلة إذا صدرت فى حالة القصر ، ولو صدر البيع من الوكيل بعد بلوغ القاصر من الرشد ، وذلك لأنه لأجل معرفة صحة الوكالة أو عدم صحتها يرجع إلى التاريخ الذى صدرت فيه ، لا إلى تاريخ التصرف الذى أجراه الوكيل بمقتضاها (استئناف أول مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٢٠ ص ٢١٢) . ولكن إذا وقع العكس ، وكان الموكل بالغاً من الرشد وقت التوكيل ، ثم حجر عليه ، ونفذ الوكيل الوكالة والموكل محجور عليه ، لم ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل . على أن الوكيل لا يكون مسئولاً إذا كان عند تنفيذ الوكالة يجهل توقيع الحجر على الموكل (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٥٥) .

الغير الذى تعاقد معه حسن النية ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة (١) .

ويجب ، إذا كانت الوكالة تتضمن التزامات أخرى فى جانب الموكل غير انصراف أثر تعاقد الوكيل إليه ، كما لو كانت الوكالة مأجورة والتزم الموكل بدفع أجر للوكيل ، أن يكون الموكل أيضاً أهلاً لعقد هذه الالتزامات . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إيجار منزله وتعهده بدفع أجر للوكيل ، وجب أن يكون الموكل أهلاً للإدارة حتى يستطيع الوكيل أن ينوب عنه فى إيجار المنزل ، وأن يكون فى الوقت ذاته أهلاً للتصرف حتى يستطيع أن يلتزم بدفع الأجر للوكيل . فإذا كان أهلاً للإدارة دون أن يكون أهلاً للتصرف ، كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بنبابة الوكيل عن الموكل ، وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل بدفع الأجر (٢) .

٢٢٨ — أهلية الوكيل : وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل أيضاً على نص فى أهلية الوكيل ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « أما الوكيل فيكنى فيه أن يكون قادراً على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسئولاً قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته ، على الرغم من نقص أهليته » . فحذف هذا النص أيضاً فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٣) . والقواعد العامة تتفق مع

(١) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٨٦٢ سيرييه ٦٢ - ١ - ٣٩٨ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ سيرييه ٩٤ - ١ - ٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٠٠ - جيوار فقرة ٥٥ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ - محمد على عرفة ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣ - وإذا كان الموكل غير أهل للتعاقد ، فكان العقد الذى أبرمه الوكيل مع الغير باطلاً ، فإنه يجوز للغير أن يرجع على الموكل بموجب قاعدة الإثراء بلا سبب (محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١) .

(٢) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٤ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٥ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ - وإذا كان الموكل غير أهل ، صح أن يصدر التوكيل نيابة عنه من وليه أو وصيه أو القيم عليه فيما يدخل فى ولاية هؤلاء ، ويكون الوكيل فى هذه الحالة وكيلاً للمحجور لا وكيلاً لثانيه ، فإذا تغير النائب لم ينزع الوكيل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١) -

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ فى الهامش .

هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صده : « أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد ، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه ، ولكنه لما كان طرفاً فى عقد الوكالة ، فإن هذا العقد يكون قابلاً للبطلان إذا كان قاصراً ، فإذا ما أبطل العقد لم يكن الوكيل مسئولاً عن التزاماته إلا فى حدود الإثراء بلا سبب (انظر ٢٠١ فقرة ٢ من المشروع) . ولكن لا يجوز للغير الذى تعامل مع الوكيل القاصر أن يتمسك ببطلان عقد الوكالة ، فإن البطلان لم يتقرر إلا لمصلحة القاصر »^(٢) .

ويتبين من ذلك أنه إذا كانت أهلية التصرف القانونى محل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكل ، فإنه لا يجب توافرها فى الوكيل لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه هو بل ينصرف إلى الموكل ، هذا إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل^(٣) . فيصح توكيل قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف . وقد قضى بأنه يجوز توكيل القاصر فى تصرف لا أهلية له فيه ، إذ يكفى أن يكون الوكيل مميزاً مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى^(٤) . ولكن الوكيل يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة ،

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : « ويشترط أن يكون للوكيل عاقلاً مميزاً ، ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلًا وإن لم يكن مأذوناً » .

وانظر العبارة الأخيرة من المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود البنائى إذ تقول : « . . . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل بل يكفى أن يكون من ذوى التمييز » (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ - ص ١٩٢ .

(٣) أما إذا كان الوكيل يعمل باسمه ، كما فى الاسم المستعار أو المسخر ، فإن أثر العقد ينصرف إليه شخصياً ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية هذا العقد .

(٤) استئناف وطنى ٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ - وقضى أيضاً بأنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل ، إذ أن من أهله ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلًا عنه تحت مسئوليته ، وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحري عما إذا كان بالغاً سن الرشد أو غير بالغ ، لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل ، فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحمل تبعه الإساءة لمخاطرته فى الاختيار (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢) .

لأنه يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الموكل وفقاً للقواعد المقررة في نظرية النيابة (أ) ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً (٢) .

وإذا كان الوكيل قاصراً أو ناقص الأهلية ، جاز له وحده إبطال عقد الوكالة . فإذا لم يطلب الإبطال وتعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة ، كان تعاقد صحيحاً ونفذ في حق الموكل (٣) ، دون أن يستطيع الموكل ولا الغير الذي تعاقد معه الوكيل أن يتمسك بإبطال عقد الوكالة . ذلك أن عقد الوكالة إذا كان قابلاً للإبطال ، فإنما يكون هذا في العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فليس للغير الذي تعاقد مع الوكيل أن يبطل العقد ، والقابلية للإبطال تقرر في الوقت ذاته لمصلحة الوكيل لا لمصلحة الموكل فليس للموكل أن يطلب إبطال الوكالة . وإذا طلب الوكيل إبطال الوكالة وأبطلت ، فإن نيابته المستمدة من الوكالة تبطل . وإذا كان قد تعاقد مع الغير ، جاز لهذا أن يتمسك بالوكالة على اعتبار أنها وكالة ظاهرة وفي الحدود التي يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة . وإذا لم يكن قد تعاقد مع الغير ، فلا يجوز له أن يتعاقد بصفته نائباً إذ أن هذه الصفة قد انعدمت بعد إبطال الوكالة ، ولكنه إذا تعاقد مع ذلك وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة جاز للغير أن يتمسك بها .

وفي العلاقة ما بين الوكيل والموكل ، إذا أبطل الوكيل الوكالة ، يجوز للموكل أن يرجع على الوكيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، كما يجوز أن يرجع عليه بالمسؤولية التقصيرية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان في يد الوكيل مال للموكل وبدده (٤) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ .

(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤١٧ - أوبري ورواسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ -

بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٣ -

جويسران ٢ فقرة ١٤٠٨ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦٢ ص ٢١٢ - محمد

على عرفة ص ٣٦٣ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ - وبديهي أنه يشترط في الوكيل

التمييز ، لا فحسب وقت إبرام الوكالة ، بل أيضاً وقت إبرام التصرف القانوني محل الوكالة .

(٣) كما لو كان الوكيل كامل الأهلية ، ولكن لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض

إذا كان لم يحسن تنفيذ الوكالة ، إذ الموكل قد ارتضاه وكيلاً وهو يعلم أنه ناقص الأهلية محدود

الاختيار ، فيتحمل نتائج اختياره (محمد على عرفة ص ٣٦٤) .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤١٨ - أوبري ورواسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ -

بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٧٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة =

٣٠٢٦ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٣ - چوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ -
 أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Mandat فقرة ٦٥ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ - محمد علي عرفة
 ص ٣٦٤ .

هذا ونحن في كلامنا في أهلية الموكل وأهلية الوكيل إنما نرد ما أجمع عليه الفقه والقضاء
 في هذه المسألة . ولكن الأمر في حاجة إلى إنعام النظر . ويبدو أن هناك خلطاً بين الوكالة من حيث
 إنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل ، والوكالة من حيث إنها عقد يضمن
 على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير .

فالوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل تقتضي التفصيل
 الآتي : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذي يصيبه من جراء
 تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هي أهلية التصرف
 حتى تترتب في ذمته هذه الالتزامات . ويجب أن تتوافر فيه دائماً أهلية التصرف حتى لو كانت
 الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب في ذمته الالتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة
 وتعويض الوكيل عن الضرر الذي يصيبه من جراء تنفيذها ، ولا يعترض على ذلك بأن هذين
 الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يكفي احتمال قيام هذين الالتزامين
 حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدتهما وهي أهلية التصرف . هذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية
 الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة بتقديم حساب عنها وبرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخل
 كلها في نطاق أعمال التصرف ، أو في القليل هي أعمال تدور بين النفع والضرر ، فتستوجب
 أهلية التصرف . ونرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث إنها عقد يرتب التزامات في جانب كل
 من الموكل والوكيل ، تستوجب أهلية التصرف في كل منهما . فإذا كان الموكل قاصراً ، جاز له
 أن يطلب إبطال الوكالة ، فيتحلل من التزاماته ولا يكون مسئولاً إلا بموجب قاعدة الإثراء
 على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصراً ، فإنه يجوز له أيضاً إبطال الوكالة ، ولا يكون
 مسئولاً قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين
 قاصراً ولم يطلب إبطال الوكالة ، فإنها تبقى قائمة منتجة لآثارها ، بل وتضمن على الوكيل صفة
 النيابة عن الموكل إذا توافرت في المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث إنها عقد يضمن على الوكيل
 صفة النيابة .

والأهلية في الوكالة ، من حيث إنها عقد يضمن على الوكيل صفة النيابة ، تختلف عن الأهلية
 التي سبق بيانها . فالموكل يجب أن يكون أهلاً للتصرف القانوني محل الوكالة ، أما الوكيل فلا تشترط
 فيه هذه الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه ، ويكفي أن يكون مبرراً . فإذا وكل
 قاصر شخصاً بلغ سن الرشد في إيجار منزله ، كانت الوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزاماته
 في ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر ، ولكن الوكالة في الوقت ذاته تنتج
 أثرها من حيث إنها تضمن صفة النيابة على الوكيل ، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر
 الوكيل المنزل ، كان الإيجار صحيحاً . وإذا وكل قاصر وكيلاً بلغ سن الرشد في بيع منزله ، كانت
 الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذي عقده الوكيل هو أيضاً
 قابلاً للإبطال في علاقة الموكل بالمشتري . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصراً في بيع منزله ،
 كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الوكيل بالموكل ، ولكنها تنتج أثرها من حيث إضفاء صفة
 النيابة على الوكيل . فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتري ، كان البيع صحيحاً
 في علاقة الموكل بالمشتري .

وننقل هنا ما كتبه الأستاذ أكثم أمين الخولي في هذا الصدد ، وهو في أكثره يتفق مع ما قدمناه :
 « وإذا كان تطبيق القواعد العامة على النحو السابق صحيحاً في عمومها ، فإن فيه خلطاً واضحاً بين
 الأهلية اللازمة لصحة الوكالة كمقد بين الوكيل والموكل والأهلية اللازمة لإنتاج الوكالة النيابية
 أثرها فيما بين الموكل والغير . والواقع أنه لا تلازم مطلقاً بين قواعد الأهلية في الحالتين ، وذلك
 على التفصيل الآتي : أما عن الوكالة كمقد بين طرفيه فتختلف الأهلية اللازمة لصحته بالنسبة لكل
 من طرفيه . أما الموكل فأهليته لمقد الوكالة التفضيلية هي أهلية التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، أما إذا
 كانت الوكالة بأجر فيجب أن تتوفر فيه أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . أما الوكيل
 فأهليته اللازمة لصحة الوكالة هي الأهلية الكاملة ، لأن الوكالة بالنسبة له - سواء كانت تفضيلية
 أو مأجورة - تعتبر على أدنى الفروض من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فإذا لم تثبت الأهلية
 لأي من الطرفين على هذا التفصيل ، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته . أما عن الأهلية اللازمة لكي
 ترتب الوكالة النيابية أثرها فيما بين الموكل والغير ، فهي بالنسبة للموكل أهلية مباشرة التصرف
 موضوع الوكالة بنفسه ، وبالنسبة للوكيل أهلية التمييز . إذا توافرت هذه الشروط رتبت الوكالة
 آثار النيابة فيما بين الموكل والغير ، ولو كان عقد الوكالة قابلاً للإبطال إما لانعدام أهلية الموكل
 بالنسبة لاشتراط الأجر ، وإما لأن الوكيل لا تتوافر له الأهلية الكاملة لو كان قاصراً . وقد تبدو
 هذه الحلول غريبة ، لأن الأصل أن الوكالة النيابية مصدر للنيابة بحيث إذا بطلت الوكالة فلا نيابة
 ولا رابطة بين الموكل والغير . ولكن ينبغي القول بأن تعاقد الوكيل مع الغير يرتب آثار النيابة
 متى توفرت الأهلية اللازمة لترتب هذه الآثار ، ولو كانت الوكالة كملاقة داخلية فيما بين
 الموكل والوكيل قابلة للإبطال أو تقرر بطلانها وتصفية الروابط فيما بين طرفيها لا على أساس
 الاعتماد على أساس الإثراء بلا سبب » .

ثم يضيف الأستاذ أكثم أمين الخولي الحاشية الآتية : « ليس هناك من الناحية الفنية ما يمنع
 من تأصيل هذه الحلول عن طريق القول بوجود عقدين متميزين : عقد وكالة ينظم الروابط
 بين الموكل والوكيل وتشترط فيه أهلية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية
 تحمل الالتزام التعاقدية من جانب الوكيل ، وعقد نيابة أو عقد صفة تشترط لصحته أهلية القيام
 بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل . وعلى ذلك يتصور
 أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الموكل في الالتزام بالأجر أو لنقص أهلية الوكيل في التحمل
 بالالتزام التعاقدية ، مع بقاء عقد الصفة صحيحاً مستجلاً لآثاره » (أمين أكثم الخولي فقرة ١٦١
 وص ٢٠٣ هامش ٢) .

والأستاذ أكثم أمين الخولي ، كما نرى ، يجرى الوكالة إلى عقدين : عقد وكالة وعقد نيابة
 أو صفة . ويفصل ما بين العقدين من حيث مصير كل منهما من ناحية الصحة والبطلان . ونفضل عدم
 تجزئة عقد الوكالة ، إذ هو عقد واحد لا يقبل التجزئة . فإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية
 وأبطلت الوكالة ، اعتبرت الوكالة كأن لم تكن وزالت صفة النيابة عن الوكيل ، وإذا كان هذا
 قد تعاقد مع الغير فلا يصح هذا التعاقد إلا في حدود قواعد الوكالة الظاهرة .

أما الاتجاه الحديث السائد في الفقه الألماني والفقه الإيطالي ، فإنه لا يجرى الوكالة إلى عقدين ،
 بل يميز بين الوكالة والإنابة ، فالوكالة تتم بمقد بين الموكل والوكيل في حين أن الإنابة تصرف
 بإرادة منفردة تصدر من الموكل وحده (انظر ما يلي فقرة ٣٠٠ في الهامش) . وحيثما يجوز
 في هذا الاتجاه القول بأن الموكل ، وهو ينوب الوكيل عنه بإرادته المنفردة في تصرف قانوني معين ،
 يجب أن يكون متوافراً على أهلية هذا التصرف القانوني دون أن تشترط هذه الأهلية في الوكيل .

٢٢٩ — تعاقد الوكيل مع نفسه : ويتصل بأهلية الوكيل أنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، ولكن ذلك لا يرجع إلى الأهلية ، بل يرجع إلى مجاوزة الوكيل لحدود وكالته فلا ينفذ في حق الموكل تعاقد مع نفسه . وقد نصت المادة ٢٠٨ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ؛ كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »^(١) . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع منزله ، دون أن يرخص له في أن يشتريه لنفسه^(٢) ، لم يجز للوكيل أن يشتري المنزل لحسابه الخاص لأنه يكون قد تعاقد مع نفسه وهذا لا يجوز بصريح النص سالف الذكر . وتحريم تعاقد الوكيل مع نفسه يقوم على قرينة قانونية ، هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيع للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل . فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الموكل إلا إذا أقره هذا^(٣) .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة في الوكالة

٢٣٠ — تطبيق القواعد العامة — الغلط في شخص الوكيل أو في شخص الموكل : يكون الرضاء في عقد الوكالة معيباً إذا شاب غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، شأن الوكالة في ذلك شأن سائر العقود .

(١) انظر أيضاً المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني .

(٢) فإذا رخص له في أن يشتريه لنفسه ، أمكن تحليل العقد بأنه وكالة تحت شرط فاسخ مقترنة بوعده بالبيع ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢١٢) .

(٣) انظر في ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - وانظر أوربي ورومان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٦ .

ومن أبرز التطبيقات لما تقدم وقوع غلط في شخص الوكيل أو في شخص الموكل . ذلك أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصي (intuitu personae) كما قدمنا^(١) ، فالوكيل لم يرض بالوكالة إلا بعد أن أدخل في اعتباره شخص الموكل ، وكذلك الموكل لم يرض بالتوكيل إلا بعد أن أدخل في اعتباره شخص الوكيل .

ويترتب على ذلك أنه إذا وقع غلط في شخص الوكيل ، كأن اعتقد شخص أنه يوكل شخصاً معيناً فإذا به يوكل شخصاً آخر غير الشخص الذي قصده ، فإن عقد الوكالة يكون قابلاً للإبطال للغلط إذا كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان في استطاعته أن يتبينه . وقد يكون للموكل فائدة في إبطال العقد ، ويؤثر ذلك على عزل الوكيل ، إذ قد يترتب على عزل الوكيل التزامات في ذمته يستطيع أن يتوقاها إذا هو عمد إلى إبطال الوكالة (انظر ٧١٥ مدني) . وكذلك تبطل الوكالة للغلط في شخص الموكل ، ويجوز للوكيل بدلاً من التنحي عن الوكالة أن يبطل العقد . ويتوقى بذلك أن يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي أصابه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول فيما لو تنحى ، كما يتوقى أيضاً ، في حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحي وفقاً لأحكام المادة ٧١٦ مدني^(٢) .

٢٣١ — الإكراه الأدبي : وقد يداخل الوكالة إكراه أدبي ، ويتحقق ذلك بوجه خاص في التوكيل الصادر من الزوجة لزوجها ، وفي التوكيل الصادر من الابن لأبيه^(٣) . فإذا أثبتت الزوجة أو الابن أن الوكالة مشوبة بإكراه أدبي ، جاز إبطال الوكالة ، ويتوقى الموكل بالإبطال ما كان يترتب في ذمته من التزامات لو أنه اقتصر على عزل الوكيل (م ٧١٦ مدني) . وإذا كانت الوكالة قابلة للإبطال للإكراه الأدبي أولاًى عيب آخر من عيوب الرضاء ، وتعاقد الوكيل مع ذلك بموجب هذه الوكالة مع شخص

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ .

(٢) انظر في الغلط في الوكالة أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١-١ ض ٢١١ .

(٣) انظر في هذا المعنى الوسيط ١٠ فقرة ١٩٧ .

يجهل ما انطوت عليه من عيب ، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو حصل على حكم بإبطال الوكالة ، وذلك في حدود تطبيق قواعد الوكالة الظاهرة ؛

الفرع الثاني

التصرف القانوني محل الوكالة

٢٣٢ - مبحث : نبحث أولاً الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني محل الوكالة ، ثم نبحث أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلاً للوكالة .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني محل الوكالة .

٢٣٣ - تطبيق القواعد العامة : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هي أن يكون التصرف ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً (١) .

٢٣٤ - الشرط الأول - التصرف القانوني ممكن : يجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة ممكناً ، فإذا كان مستحيلاً كان باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف .

ومثل التصرف القانوني المستحيل بيع الوقف في غير حالات الاستبدال ، فإذا ناظر الوقف شخصاً في بيع الوقف كانت الوكالة باطلة إذ هي توكيل في مستحيل . ومثل التصرف القانوني المستحيل أيضاً الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد والطعن بالنقض في حكم لا يقبل الطعن فيه بالنقض ، فإذا وكل

(١) وتنص المادة ٧٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « تكون الوكالة باطلة : أولاً - إذا كان موضوعها مستحيلاً أو غير معين تعييناً كافياً . ثانياً - إذا كانت موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للأداب أو للقوانين » .
وانظر كولان وكاينيان بوهي لاموراندوير ٢ بقرة ١٣٥٤ - جومران ٢ بقرة ١٤٠٧ .

الخصم محامياً في شيء من ذلك كانت الوكالة باطلة لاستحالة التصرف القانوني محل التوكيل^(١).

وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة ممكناً ، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه إذ يكون عملاً يقتضي أن يقوم به صاحبه شخصياً . مثل ذلك الحضور أمام القضاء للاستجواب أو لحلف اليمين ، فلا يجوز للخصم أن يوكل غيره في أن يستجوب مكانه أو في أن يحلف اليمين بدلامنه^(٢) ، وتكون الوكالة في هذا باطلة^(٣) . وإذا اعتبرنا الشريك في الشركة يساهم في إدارتها على وجه

(١) ويصبح التصرف محل الوكالة مستحيلاً أيضاً إذا كان هذا التصرف قد تم قبل تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في اقتراض مبلغ معين من شخص معين ، فاقترض الوكيل المبلغ من المقرض . وقبل أن يعلم الموكل أن المبلغ قد تم اقتراضه ، وكل شخصاً آخر في اقتراض نفس المبلغ من نفس الشخص ، ولعله استبطاً الشخص الأول ، فالوكالة هنا محلها مستحيل لأن القرض كان قد تم وقت إبرامها ، فتكون باطلة . فإذا اقترض الوكيل الثاني المبلغ مرة ثانية من نفس المقرض ، لم يكن للمقرض - والمفروض أنه عالم بأن الوكالة الثانية محلها هو نفس محل الوكالة الأولى - أن يرجع على الموكل إذا كان الوكيل الثاني معسراً (جيوار فقرة ٦٠ - ترولون فقرة ٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٢) .

والتوكيل في تصرف تم إنجازه قبلاً توكيل في أمر مستحيل استحالة مادية لا استحالة قانونية . ومثل الاستحالة المادية أيضاً أن يوكل شخص شخصاً آخر في شراء منزل يكون قبل التوكيل قد احترق دون أن يعلم الموكل ذلك (محمد على عرفة ص ٣٦٥) .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني على ما يأتي : « لا تصح الوكالة إذا كان موضوعها إجراء عمل لا يجوز إتمامه بواسطة الغير ، كحلف اليمين » .

(٣) انظر في الأعمال التي لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها في فرنسا : بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٢ - فقرة ٤٤٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٢ - بلانيول وريبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ (ويذكرون في الأعمال التي لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها الإمضاء ، فلا يجوز لشخص أن يوكل آخر في أن يمضى نيابة عنه على أن يكون الإمضاء صادراً من الموكل وباسمه ، ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٠١ مع تعليق سافاتييه وإلى حكم آخر من نفس المحكمة في ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٨٨ - على أن الموكل يكون مسئولاً نحو الغير حسن النية الذي يجهل أن الإمضاء ليس بخط الموكل ، كما لو كان الإمضاء بخطه ، مادام أن الموكل هو الذي طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء : نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ - ويمكن تخريج ذلك على قواعد الوكالة الظاهرة) . وفي مصر حيث تتعلق صحة الوصية بصدورها مكتوبة بخط الموصي ، لا يجوز التوكيل في الوصية (أكرم أمين الخولي فقرة ١٦٢) .

معين عن طريق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها ، فإن هذا العمل الخاص من أعمال الإدارة شخصي للشريك لا يقبل التوكيل فيه : فلا يجوز للشريك أن يوكل غيره في ذلك ، حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها^(١) .

٢٣٥ - الشرط الثاني - التصرف القانوني معين أو قابل للتعين :

ويشترط ثانياً أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة معيناً^(٢) أو قابلاً للتعين ، وإلا كانت الوكالة باطلة^(٣) . فإذا وكل شخص شخصاً آخر ، وجب عليه أن يعين التصرف الذي وكله فيه تعييناً نافياً للجهالة . فيوكله مثلاً في بيع أو رهن أو هبة أو صلح أو إقرار أو تحكيم أو توجيه اليمين . وسرى أنه إذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف (actes de disposition) وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفي لتعيينه ذكر نوعه ، بأن يقال إن التوكيل في بيع أو رهن أو صلح ، وليس من الضروري أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص بأن يقال بيع منزل معين أو رهن أرض معينة أو الصلح في نزاع معين : أما إذا كان التصرف من عقود التبرع ، فلا يكفي في تعيينه ذكر نوعه ، بل يجب أيضاً تعيين محله ، فلا يصح التوكيل في هبة دون تعيين الشيء الموهوب ، فيوكل الواهب غيره في هبة منزل معين أو أرض معينة أو سيارة بالذات^(٤) .

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً ، فيجب على الأقل أن يكون

(١) الوسيط ٥ فقرة ٢٠٨ ص ٣١٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ ص ٨٩٠ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٨ .

(٣) وتكون الوكالة هنا باطلة بصفة أصلية ، بخلاف بطلانها لاستحالة التصرف أو لعدم مشروعيته فهو بطلان يأتي تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة . والبطلان لعدم تعيين التصرف على النحو الذي تطلبه القانون بطلان مطلق ، فلا تنتج الوكالة أثراً لا من ناحية إضفاء صفة النيابة على الوكيل ولا من أية ناحية أخرى . ومن ثم لا يترتب أى التزام لا في ذمة الموكل ولا في ذمة الوكيل (انظر عكس ذلك أكثم أمين الخولي فقرة ١٦٨ ص ٢١١) .

(٤) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن وجوب تعيين التصرف على هذا القدر من التحديد ، « ضارب من الشكلية البالية » (أكثم أمين الخولي فقرة ١٦٨ ص ٢١١) ، وحتى لو سلمنا بيان التعيين على هذا النحو « شكلية » ، فهي لا شك شكلية فاقمة ، يتبين بفضيلها الوكيل مدى سلطته فيتحقق عنده ، ويأمن معها الموكل أن يباغت بتصرف من الوكيل لم يدخل في حسابه .

قابلاً للتعين . مثل ذلك أن يوكل المالك ناظر زراعته في إدارة الزراعة ، دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففي هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعين ، فهي كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة ، كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذر والسماد ومبيدات الحشرات ونحوها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وتطبيقاً لذلك قضت المادة ٧٠١ مدني بأن الوكالة الواردة في ألفاظ لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ، ويدخل فيها الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي .

٢٣٦ — الشرط الثالث — التصرف القانوني مشروع : ويشترط أخيراً أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة مشروعاً . فإذا كان التصرف غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو القانون ، كان باطلاً ، وكانت الوكالة فيه أيضاً باطلة (١) .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر في شراء مخدرات أو أسلحة ممنوعة أو في إيجار منزل للدعارة أو للمقامرة أو في قبض رشوة أو إعطائها أو في الاتفاق مع شخص لارتكاب جريمة أو في الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعة ، أو يوكل في غير ذلك من التصرفات المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون ، فإن الوكالة تكون باطلة تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة (٢) .

(١) استئناف وطني ٤٠ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٢١ .

(٢) وإذا وكل المدين دائنه في أن يبيع المال المرهون عند حلول الدين دون اتباع الإجراءات التي يفرضها القانون ، ليستوفى حقه من ثمنه ، كانت الوكالة باطلة لمخالفتها لأحكام القانون (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٤٤) .

وإذا وكل شخص شخصاً آخر في أن يراهن أو في أن يقامر نيابة عنه ، كانت الوكالة باطلة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو بمقامرة باطل لعدم المشروعية (م ٧٣٩ مدني) فالتوكيل في الرهان أو المقامرة يكون باطلاً أيضاً . على أنه يستثنى الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ومارخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدني)^(١) ، فهذه عقود صحيحة ، وتكون الوكالة فيها صحيحة أيضاً^(٢) . وتكون صحيحة أيضاً الوكالة في قبض دين القمار ، ويلتزم الوكيل بقبض الدين على أن يؤدي حساباً للموكل فيسلمه ما قبضه ، ذلك أن قبض الدين منفصلاً عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة^(٣) . أما إذا كانت الوكالة في لعب القمار وفي قبض دينه أو دفعه ، فالوكالة باطلة في كل ذلك ، لأن الوكالة في قبض دين القمار أو دفعه تصبح في هذه الحالة تابعة للوكالة في لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها ، ويستطيع الموكل إذا خسر الوكيل في القمار أن يرفض دفع الدين له لدفعه لمن كسب ، كما لا يستطيع إذا كسب الوكيل في القمار أن يطالبه بتسليم ما كسبه^(٤) .

(١) فإذا كانت أوراق النصيب غير مرخص فيها فكل من شرائها وبيعها يكون باطلاً ، والوكالة في الشراء أو في البيع تكون أيضاً باطلة . ولكن إذا تسلم الوكيل ورقة نصيب لبيعها وقبل البيع كسبت ورقة جائزة ، فليس للوكيل أن يحتفظ بهذه الجائزة (جرينويل ٢٦ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٣٣١ - ١٤ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٣٦٨) . كذلك إذا اشترى الوكيل لحساب موكله ورقة نصيب فكسبت جائزة ، لم يكن للوكيل أن يحتفظ بالجائزة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٤) .

(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٥ - فقرة ٤٤٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ - أما التوكيل في مضاربات البورصة غير المشروعة فيكون هو أيضاً غير مشروع (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) .

(٣) ترولون فقرة ٦٩ - فقرة ٧١ - بون ١ فقرة ٦٥٠ - جيوار في عقود الغرر

فقرة ٤٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ -

(٤) ترولون فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ - بون ١ فقرة ٦٥٠ - جيوار في عقود الغرر

فقرة ٤٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ -

نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٢٧٧ - ٢٤ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز

٨٦ - ١ - ٣٥ - وإذا وكل شخص شخصاً آخر في لعب القمار وفي قبض ما يكسبه ، كانت

الوكالة باطلة في اللعب وفي القبض كما قدمنا ، حتى لو أجاز الموكل الوكالة بعد ظهور نتيجة اللعب

فإن الإجازة لا تزود على المقد الباطل (نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٥ - ١ - ٣٥ -

وإذا كان تصرف قانوني محظوراً على شخص فلا يجوز له أن يوكل فيه غيره ، فما لا يستطيع أن يقوم به بنفسه لا يستطيع أن يوكل فيه . فلو أن شخصاً كان موكلاً في بيع منزل لآخر ، فإنه لا يستطيع كما قدمنا^(١) أن يشتريه لنفسه ، وكذلك لا يستطيع أن يوكل غيره في شرائه له^(٢) . ويرجع ذلك ، لا إلى أن الوكالة الثانية غير مشروعة ، بل يرجع إلى أن الوكيل في البيع ، بشرائه ما وكل ببيعه أو بتوكيله من يشتريه له ، يكون قد جاوز حدود الوكالة الصادرة إليه ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) .

والتوكيل في الخصومة جائز ، إذ هو توكيل في أمر مشروع^(٤) . ولكن

= ١٠١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨) . ولكن إذا أعطى الموكل الوكيل ، بعد ظهور نتيجة اللعب ، وكالة جديدة - لا مجرد إجازة للوكالة القديمة - في قبض ما كسبه في اللعب ، كانت الوكالة صحيحة ، إذ تقدم أن التوكيل في قبض دين القمار صحيح ، ولا يؤثر في صحته أن يكون الوكيل في القبض هو نفس الوكيل في اللعب مادامت الوكالتان منفصلتين إحداهما عن الأخرى (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٨ ص ٢٣٧ - وانظر عكس ذلك وأن الوكالة في القبض الصادرة لنفس الوكيل في اللعب تكون باطلة ولو انفصلت الوكالتان إحداهما عن الأخرى : بون ١ فقرة ٦٥٠ - جيوار في عقود النذر فقرة ٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - أما إذا كان التصرف القانوني محظوراً على شخص الوكيل ، كعامل القضاء الذي لا يجوز له شراء الحق المتنازع فيه إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاصه (م ٤٧١ مدني) ، فذلك لا يمنعه من أن يكون وكيلاً عن الغير في شراء الحق لهذا الغير (أوبري ورد وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٤ - محمد علي عرفة ص ٣٦٥ - أكرم أمين الحولي فقرة ١٦٢) . ولكن لا يجوز لعامل القضاء أن يوكل غيره في شراء الحق المتنازع فيه (محمد علي عرفة ص ٣٦٥) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن قاعدة « لا يجوز لأحد في فرنسا أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك » قاعدة فرنسية لا أصل لها في القوانين المصرية ، وليست من القواعد الطبيعية العامة الواجب حتماً الأخذ بها ، ولا نص في القانون يحتم رفع الدعوى من المدعى شخصياً ، إذ المادة ٣٣ من قانون المرافعات (القديم) ليس فيها ما يوجب ذلك ، وأجمعت القواعد العامة والمواد ٥١٦ و ٥٢٣ مدني (قديم) و ٨١ تجاري على جواز التوكيل في كل عمل جائز قانوناً ، وأن الوكيل في عمل يجوز له إجراؤه باسمه أو باسم الموكل . ولما كان رفع الدعوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، جاز للوكيل في الخصومة مادام توكيله ثابتاً أن يقدم الدعوى باسمه (استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤) - وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه يجوز للوكيل رفع الدعوى باسمه إذا كان مأذوناً في ذلك طبقاً للمادة ٣٣ من قانون =

تصوفاً قانونية حددت من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء ، فتوكيل غير من حددته هذه النصوص يكون غير جائز لمخالفته للقانون . وقد نصت المادة ٨١ من تقنين المرافعات على أنه « في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام ، وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة » . فالتوكيل في الحضور أمام القضاء إذن لا يكون إلا لمحام^(١) ، ولا يجوز توكيل غير المحامي إلا إذا كان قريباً أو صهرًا للخصم إلى الدرجة الثالثة^(٢) . ومع ذلك فحتى الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة لا يجوز توكيلهم إذا كانوا موظفين بالمحاكم ، فقد نصت المادة ٩٠ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز لأحد قضاة المحاكم ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من الموظفين بالمحاكم أن يكون وكيلًا عن الخصوم في

= المرافعات (القديم) بشرط أن يذكر اسم الموكل في الإعلان (الإسكندرية الوطنية ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٨ ص ٦٥) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الأصل أن كل الأعمال القانونية الجائزة يصح إجراؤها بوكيل ، وليس في القوانين المصرية ما يقابل القاعدة الفرنسية القائلة بأنه لا يجوز لأحد أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك ، ولما كانت هذه القاعدة ليست من القواعد الطبيعية العامة التي تتفق وأحكام القانون ، وكان قانون المرافعات خالياً بما يوجب ذلك ، وكان رفع الدعوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، فإنه لا تريب على الوكيل إذا ما أقام الدعوى باسمه طالما أنه موكل بالحقوق ، ومن ثم لا يكون في إقامة المدعية بالحقوق المدنية لهذه الدعوى بصفتها وكيلة خاصة عن أبنائها البالغ ما يخالف القانون (مصر الوطنية جنح مستأنفة ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٤٣ ص ٧٣٥) - وقضى بأن الوكالة في الخصومة تقتضى توكيلاً خاصاً ، وليس من الضروري أن يكون في قضية بالذات بل يصح أن يكون توكيلاً عاماً في جميع القضايا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .

(١) وعلى ذلك يجوز للخصم أن يوكل في الخصومة غير المحامي ، ولكن الوكيل في الخصومة لا يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء بل يجب أن يوكل عنه محامياً في ذلك ، ما لم يكن قريباً أو صهرًا للخصم إلى الدرجة الثالثة فعندئذ يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء نيابة عن موكله دون حاجة إلى أن يوكل عنه محامياً ، شأنه في ذلك شأن الخصم الموكل إذا حضر بنفسه أمام القضاء .

(٢) فيجوز توكيل الزوج والزوجة ، والأب والأم ، والجد والجدة ، والابن والبنت ، والحفيد والحفيدة ، والأخ والأخت ، وابن الأخ وابن الأخت ، والعم والعمة ، والحال والحالة ، وزوج البنت وزوج الأخت وزوج العم وزوج الحالة ، وزوجة الابن وزوجة الأخ وزوجة العم وزوجة الحال . ولا يجوز توكيل ابن العم وابن الحال ، وزوج بنت العم وزوج بنت الحال .

الحضور أو المرافعة ، سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء ، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها . ولكن يجوز لهم ذلك عن يمثلونهم قانوناً وزوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية » : وقد تأيدت هذه النصوص بما ورد في قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من هذا القانون على أن « للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم ، وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين في أن يثيخوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم أو أصهارهم أو أشخاصاً من ذوي قرباهم لغاية الدرجة الثالثة » (١) .

(١) وتضيف الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة والسابعة من المادة ٢٥ من قانون المحاماة ما يحتم تدخل المحامي في الخصومة والعقود ولومع وجود الخصم نفسه ، وذلك على التفصيل الآتي : « ولا يجوز أن يحضر عن الخصوم أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو يقدم إليها طلبات إلا المحامون المقررون للمرافعة أمامها ، ولا يجوز تقديم صحف الاستئناف أمام أية محكمة إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها . كما لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية والإدارية أو طلبات الأداء إلى المحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة عليها من أحد المحامين المقررين أمامها ، وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء نصاب الاستئناف . ومع ذلك فلا ضرورة لتوقيع محام إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد أحد المحامين ولم يصدر من النقابة الإذن المنه عنه في المادة ٣١ ، أو إذا كان المستأنف نفسه أو رافع الدعوى محامياً غير مشغل . ولا يجوز تسجيل عقود الشركات التجارية التي تزيد قيمتها عن ١٥٠٠ جنيه ، كما لا يجوز تقديم العقود العرفية أو الرسمية أمام مكاتب الشهر العقاري أو التوثيق إذا كانت تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام المحاكم الجزئية على الأقل » . وقد قضت محكمة النقض بأن المنع الوارد في النص المتقدم ذكره (م ٢٤ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ وتقابل م ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) يتناول الخصوم أنفسهم كما يتناول المحامين غير المقبولين أمام المحكمة التي يرفع إليها الطعن (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٧ ص ٦٠٠) ، وبأن عدم توقيع صحيفة الاستئناف من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف يترتب عليه حتماً عدم قبولها (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣١ ص ٦٤٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٢ ص ٦٦١ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٣ ص ١٧٢) ، وبأن الدفع بانعدام توكيل المحامي أمام محكمة النقض يجب أن يبدى في تقرير الطعن أو في مذكرة النيابة وذلك قبل المرافعة (نقض مدني ١٩٠ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥ ص ٩٧) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون المحاماة على ما يأتي : « ويجوز للمحامين المقررين في دزل الجامعة العربية المرافعة أمام المحاكم في الدرجة المقابلة للدرجة المقررين للمرافعة فيها في بلدتهم ، وذلك في قضية معينة بإذن خاص من مجلس نقابة المحامين بالاشتراك مع محام مصري مقرر وبشرط المعاملة بالمثل » .

٢٣٧ — ما يترتب على بطلان الوكالة التي لم تتوافر فيها الشروط :

قدمنا أن الوكالة لا تجوز إلا في تصرف ممكن ومعين أو قابل للتعين ومشروع ، فإذا كانت الوكالة في تصرف مستحيل أو غير معين أو غير مشروع كانت باطلة . ويترتب على البطلان أن تعتبر الوكالة كأن لم تكن ، وأن كلا من المتعاقدين يستطيع أن يتمسك بالبطلان .

فإذا لم ينفذ الوكيل الوكالة الباطلة ، لم يستطع الموكل أن يطالبه بتنفيذها ، كما لا يستطيع الوكيل أن يطالب الموكل بالتزامه بدفع الأجر إذا كان هناك اتفاق على أجر^(١) . وإذا كان الموكل قد دفع للوكيل أجراً أو قدم له نقوداً ينفذ بها الوكالة ، جاز له أن يسترد منه ما دفعه حتى لو كانت الوكالة غير مشروعة . وقد قدمنا في النظرية العامة للعقد أن الاسترداد جائز حتى في العقود غير المشروعة ، وأن القاعدة الرومانية القديمة (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) لم يأخذ بها التقنين المدني الجديد^(٢) .

وإذا نفذ الوكيل الوكالة — والمفروض أنها وكالة غير مشروعة لأنها دون الوكالة المستحيلة والوكالة غير المعينة هي القابلة للتنفيذ — بقيت الوكالة باطلة بالرغم من تنفيذها . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في مقامرة وفي قبض أو دفع ما يكسبه أو يخسره ، وقامر الوكيل فكسب أو خسر ، لم يكن للموكل أن يطالب الوكيل بالمكسب ، كما لا يكون للوكيل أن يطالب الموكل بالخسارة^(٣) .

= وتنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة على أن « يقبل للمرافعة أمام المحاكم ، عن مصالح الحكومة أو الهيئات العامة أو وزارة الأوقاف أو المؤسسات العامة والهيئات التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل بعد أخذ رأى لجنة قبول المحامين ، نخامو أقلام قضايا هذه الجهات الحاصلون على شهادة الليسانس أو ما يعادلها أو أحد المحامين . ويجب أن يكون التوكيل الصادر من هذه المصالح أو الهيئات العامة إلى أحد المحامين موقعاً من رئيس المصلحة أو الهيئة ومبصوماً بخاتمها وأن يكون التوكيل الصادر من البنوك والمؤسسات المذكورة موقعاً ممن يمثلها قانوناً ومصدقاً على إمضائه » . هذا والتوكيل في الحضور أمام القضاء جائز حتى لو كان ذلك في قضية سبها غير مشروع ، وللمحامي أن يرجع على موكله باتباعه في هذه الحالة ، ولا يحتاج عليه بأن السبب غير مشروع (بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٥١) ، حتى لو كان الحكم قد صدر بعدم المشروعية (محمد على عرفة ص ٣٦٦) .

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٥٣ — فقرة ٤٥٤ — بلانيول وريبير . وسافاتييه (١) فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٥٤ — فقرة ٤٥٥ — بلانيول وريبير . وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

وفيما بين الوكيل ومن قامر معه لا يستطيع الأول أن يجبر الثاني على دفع المكسب ، ولا يستطيع الثاني أن يجبر الأول على دفع الخسارة . وإذا دفع أحدهما للآخر ما خسره ، كان له أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (م ٧٣٩ مدني) (١) . وإذا كان الموكل قد اتفق مع الوكيل على أجر ونفذ الوكيل الوكالة ، فإن هذا لا يستطيع أن يطالب الموكل بالأجر ، وإذا كان قد تقاضاه أو تقاضى مبلغاً آخر من الموكل للمقامرة به وجب عليه رد ما تقاضاه (٢) .

المبحث الثاني

أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلاً للوكالة

٢٣٨ — التصرفات القانونية التي تكون محلاً للوكالة : قدمنا أن محل الوكالة يجب أن يكون تصرفاً قانونياً . وأى تصرف قانوني ، إذا توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، يصح أن يكون محلاً للوكالة . فقد يكون عقداً كالبيع والإيجار ، وقد يكون إرادة منفردة كالوصية وتطهير العقار المرهون ، وقد يكون إجراء قضائياً تابعاً لتصرف قانوني هو إيداء الطلبات أمام القضاء .

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ .

(٢) نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٤٦٩ - ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٩ - ٩ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٥٥ - وإذا استولى الوكيل بموجب وكالة غير مشروعة على مبالغ للموكل واستعملها لمصلحة نفسه ، فإنه يعتبر مبدداً (نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٨٥ - وانظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١) - على أنه إذا كان الوكيل يجهل عدم مشروعية الوكالة ، ونقلها معتقداً أنها مشروعة ، فله أن يرجع بأجره وبالمصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة على الموكل كما لو كانت الوكالة مشروعة . والمفروض أن الوكيل حسن النية لا يعلم عدم مشروعية الوكالة ، والموكل هو الذي يحمل عبء إثبات علم الوكيل بعدم المشروعية (نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ - ١ - ٢٥١ - ٦ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨ - ١ - ٢٠٧ - ترولون فقرة ٣٤ - بون ١ فقرة ٨١٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ - محمد علي عرفة ص ٣٦٦) .

نيابة عن الموكل كالإقرار وتوجيه اليمين . وقد يستتبع التصرف القانوني القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به ، كالبيع يستتبع التصديق على الإمضاء والتسجيل . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويلاحظ في التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانوني ، فيصح التوكيل في البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفي سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل في الوصية وفي قبولها وفي قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفي تطهير العقار المرهون ، وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل في الإدلاء باعتراف وفي توجيه اليمين وفي الدفاع أمام القضاء ، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانوني هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (acte de conclure) . ويلاحظ أن القيام بعمل قانوني قد يستتبع القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له . أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحضر عملاً مادياً ، فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل (اقرأ مقالة) ، فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلاً » (١) .

٢٣٩ — مرسى سنة الوكالة : وإذا تعين التصرف القانوني محل الوكالة ، فإن حرية العمل التي يتركها الموكل للوكيل في تنفيذ الوكالة تضيق وتوسع تبعاً لما يتفق عليه الطرفان . فقد يصل الموكل في تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير ، ولا يبقى للوكيل إلا أن ينفذ تنفيذاً حرفياً تعليمات الموكل . ويكون الوكيل في هذه الحالة أقرب إلى أن يكون رسولا (messenger) تنحصر مهمته في أن ينقل إرادة الموكل إلى الغير وينقل إرادة الغير إلى الموكل . فتكون الإرادة هي إرادة الموكل لا إرادة الوكيل ، ولا يكون التعاقد هنا بوكيل بل يكون تعاقدًا مباشرًا يعمل فيه المتعاقد الأصيل بنفسه كما يتعاقد بكتاب أو برقية أو بالهاتفون . ويعتبر في حكم الرسول لا في حكم الوكيل كل من يعهد إليه بعمل لا يدع له أي مجال للتصرف ، كموزع التذاكر على الجمهور

للدخول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكة حديدية وترام وأوتوبيس وما إلى ذلك^(١).

ولكن بمجرد أن يملك الوسيط شيئاً مهما قل من حرية التصرف ، ولو للثبوت من توافر شروط معينة فرضها الموكل للتعاقد ، بحيث يعبر الوسيط عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإن الوسيط يبدأ في هذه الحالة أن يكون وكيلاً^(٢). وقد تتسع حرية الوكيل ولكن إلى حد محدود ، فتفرض عليه الوكالة بأن يقوم بتصرف أو بتصرفات معينة طبقاً لتعليمات مفصلة ، بل قد يفرض عليه الموكل الرجوع إليه في بعض التصرفات ليعتمدها ، كما يقع غالباً في شأن الممثلين التجاريين والحوايين والطوافين ووكلاء شركات التأمين^(٣). وقد تتسع حرية الوكيل إلى حد كبير فيترك له الموكل تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ منها وما يدع ، وفيما يأخذ منها على أي شروط يتعاقد ومن يختار للتعاقد معه^(٤).

وسواء كان مدى حرية الوكيل ضيقاً أو واسعاً ، فإن الوكالة ، من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلاً لها ، تنقسم إلى قسمين رئيسيين : وكالة عامة ووكالة خاصة .

٢٤٠ — الوكالة العامة — نص قانوني : تنص المادة ٧٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تنحول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة . »
« ٢ — ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون : ويدخل فيها أيضاً كل عمل

(١) بيدان ١٢ فقرة ٢٨٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ — أنسيكلوبيدي داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤ — فقرة ١٥ — وقارن أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ هامش ١ .

(٣) بورديو ٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ داللو ٨٨ — ٢ — ٢٩٧ — باريس ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللو ٩٥ — ٢ — ١١٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ .

(٤) وقد نصت المادة ٩٣٢ مدني عراق على أنه « يصح تفويض الرأي للوكيل فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص » .

من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله» (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة ، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل ، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته . فيقول الموكل للوكيل مثلاً : وكلتك في إدارة أعمالي ، أو وكلتك في إدارة مزرعتي أو متجري ، أو وكلتك عني عني في جميع أعمالي ، أو وكلتك في مباشرة جميع ما تراه صالحاً لي ، أو جعلتك بوكيلاً مفوضاً عني ، أو نحو ذلك من العبارات التي تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها ولكنها حتى لو أشارت إلى الإدارة تكون في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها .

وسواء أشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر ، فإنها لا تنحول الوكيل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وصار رقمه ٧٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٣ - ص ١٩٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم م ٥١٥ فقرة ٣/٦٣١ : « وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل في الأعمال المتعلقة بالإدارة » . (والتقنين المدني القديم يتفق في أحكامه مع التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالحصومة في كل حق ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول ، على خلاف التقنين الثاني ، يجعل التوكيل العام المطلق شاملاً لجميع أعمال الإدارة وجميع أعمال التصرف ولو كانت تبرعية ، فلا يقتصر التوكيل العام كما قصره التقنين المصري على أعمال الإدارة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٦ : يجوز أن تكون الوكالة عامة أو خاصة .

م ١/٧٧٨ : إن الوكالة العامة بإدارة شؤون الموكل لا تجوز للوكيل سوى القيام بالأعمال الإدارية . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

صفة إلا في أعمال الإدارة^(١) . فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأى عمل من أعمال التصرف ، تبرعاً كان أو معاوضة ، إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة كما سيأتى . ومن ثم لا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يهب مال الموكل لأكله ولا بعضه ، ولا أن يبيع أى مال للموكل ، أو يشارك به ، أو يقرضه ، أو يصالح عليه ، أو يحكم فيه ، أو يرهنه ، أو يرتب عليه أى حق عيني أصلياً^(٢) كان هذا الحق أو تبعياً .

ولكن الوكالة العامة تخول الوكيل الصفة في القيام بجميع أعمال الإدارة . وهذا لا يمنع بداهة الموكل من أن يقصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة دون بعض أو أن يقصرها على عمل معين بالذات من أعمال الإدارة ، ولكن الوكالة في هذه الحالة تكون وكالة خاصة لا عامة وتقتصر على أعمال الإدارة المحددة الواردة في ما دون غيرها . أما إذا وردت الوكالة عامة ، فإنها تشمل جميع أعمال الإدارة دون تفريق بين عمل وعمل كما قدمنا . وهذا بخلاف أعمال التصرف فإنه لا يصح أن ترد فيها الوكالة عامة ، بل لابد من تخصيص نوع التصرف محل الوكالة على الأقل ، وسيأتى بيان ذلك^(٣) .

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سالفه الذكر طائفة من أعمال الإدارة التي تشملها الوكالة العامة ، ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت على أنها من أبرز أعمال الإدارة . وأول هذه الأعمال هو الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات^(٤) . وليس معنى ذلك أن الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات ليس من أعمال الإدارة ، بل هو من أعمالها ولكن لا تشملها الوكالة العامة ولا بد فيه من توكيل خاص . والاستئجار وإن كان من أعمال التصرف^(٥) تشمله الوكالة العامة إذا اقتضته أعمال الإدارة ،

(١) استئناف وطني ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) فلا يجوز أن يرتب حق ارتفاق أو ينزل عن حق ارتفاق (جيوار فقرة ٩٣ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٢) .

(٣) انظر مايلي فقرة ٢٤٠ .

(٤) وقد جرى القضاء على ذلك في عهد التقنين المدني القديم (استئناف مختلط ١١ فبراير

سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٥) .

(٥) وقد يكون من أعمال الإدارة على التفصيل الذي قدمناه في عقد الإيجار (الوسيط ٦ فقرة ٨٧) ، وعند ذلك تشمله الوكالة العامة .

كاستئجار الآلات الزراعية واستئجار السيارات ووسائل النقل الأخرى لنقل البضائع . وذكر النص بعد ذلك أعمال الحفظ والصيانة ، فتشمل الوكالة العامة العقود التي يبرمها الوكيل مع المقاولين للقيام بأعمال الترميمات البسيطة والحسيسة سواء كانت مستعجلة أو غير مستعجلة ، وللقيام بتشحيم السيارات والآلات الميكانيكية الأخرى وتزييتها وإصلاح ما تلف منها ، والعقود التي يبرمها لإيداع المحصول أو البضائع في المخازن المعدة لذلك ، واستئجار الأنفار لتنقية المزروعات من الحشرات ، وغير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة ، ويدخل في هذه الأعمال أيضاً رفع الدعاوى المستعجلة ، والتأمين من الحوادث ومن الحريق وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف أن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة^(١) . ثم ذكر النص استيفاء الحقوق ووفاء الديون . فتشمل الوكالة العامة قبض حقوق الموكل وإعطاء مخالصات بها للمدينين^(٢) وإيداع المقبوض لحساب الموكل ، ويجوز للوكيل أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استئصال شيء منها^(٣) ، ولكن لا يجوز له أن يؤجل دفعها إلا بتوكيل خاص من الموكل . وتشمل الوكالة العامة كذلك وفاء ديون الموكل^(٤) ، وتوفى الديون مما يكون بيد الوكيل من أموال للموكل من جنس الدين ولو كان قد حصل عليها بعد الوكالة عن طريق إدارته لأموال الموكل^(٥) .

(١) السين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٥٦ - بلاليل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٦ .
(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠١ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٣ .
(٤) ولكن لا يجوز للوكيل وكالة عامة الوفاء بالتزام طبيعي في ذمة الموكل ، لأنه لا جبر في الوفاء بالتزام الطبيعي (بون ١ فقرة ٩٢٠ - جيوار فقرة ٩٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٤) .
٤٠

(٥) جيوار فقرة ٨٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٥ - بل يجوز له إذا لم يكن بيده مال للموكل يوفى منه ما وكل في دفعه من الدين ، أن يبيع مالا للموكل ليوفى الدين بتمته (لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ - جيوار فقرة ٨٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨٠) . وهناك رأى يذهب إلى أبعد من ذلك ، ويجيز بيع الأسهم والسندات والأوراق المالية في غير سداد الدين إذا كان يخشى من هبوط قيمتها (جيوار فقرة ٨٣ - بون ١ فقرة ٩٢٧ - فقرة ٩٢٨ - محمد علي عرفه ص ٣٦٩ - أكم أمين الحولى فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩ - استئناف

وليس ما تقدم هو كل أعمال الإدارة التي يستطيع أن يقوم بها الوكيل وكالة عامة ، فهناك أعمال إدارة أخرى غيرها لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل . من ذلك أنه يستطيع أن يقترض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم ، ولشراء ما يلزم للإدارة من مواش وآلات للزراعة ونحو ذلك^(١) ، ولكنه لا يستطيع أن يرهن مال الموكل ضماناً للقرض^(٢) . ويستطيع الوكيل وكالة عامة أن ينفذ على أموال مديني موكله لاستخلاص حقوق الموكل ، فيحجز على هذه الأموال حجز منقول أو حجزاً عقارياً أو حجزاً ما للمدين لدى الغير^(٣) . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة^(٤) ، دون دعاوى الملكية ودعاوى القسمة فهذه تقتضى توكيلاً خاصاً ، وأن يرفع جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة التي يقوم بها^(٥) . ويستطيع أن يستوفي حقوق الموكل بمقابل وأن يوفي ديونه بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل في مصلحة موكله^(٦) ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق^(٧) ،

= مصر ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٦ ص ١٩ - عكس ذلك لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨١) .

(١) بون ١ فقرة ٩٢٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ و فقرة ٤٢٨ - ترولون فقرة ٢٨٥ - فقرة ٢٨٦ - جيوار فقرة ٨٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ - ص ٩٠١ - محمد على عرفة ص ٣٦٩) .

(٢) جيوار فقرة ٩٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢ - وذلك ما لم يكن الرهن ضرورياً للحصول على القرض (جيوار فقرة ٩٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٢٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat - فقرة ١٥٦ - ولكن انظر في عدم جواز الحجز العقارى : بون ١ فقرة ٩١٥ - جيوار فقرة ٨٦ .

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٥) جيوار فقرة ٩١ و فقرة ٩٤ - لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٢ - ويجوز للوكيل وكالة عامة عند رفع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة توجيه اليمين والإقرار والصلح والطعن في الحكم بجميع الطرق العادية وغير العادية (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ - أكثم أمين الخول فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩) .

(٦) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٣١ .

(٧) بون ١ فقرة ٩١٢ - جيوار فقرة ٨٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٣٢ .

وأن يحدد الدين^(١) ، وأن يقطع التقادم^(٢) ، وأن يقيد الرهن ، وأن يحدد القيد .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدني سالفه الذكر إن الوكالة لا تقتصر على أعمال الإدارة ، بل تمتد أيضاً إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها . ويشمل ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع البضاعة وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف^(٣) وقبض أثمان ذلك كله ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله كشراء مبيدات الحشرات وشراء الآلات الزراعية اللازمة والأسمدة والبذور والمواشي^(٤) ووسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك ، والقيام في إدارة متجر بأعمال التجارة وسحب الكمبيالات وإعطاء الكفالات^(٥) . بل إن الوكالة العامة تشمل أن يستغل الوكيل ما بيده من مال للموكل في وجوه الاستغلال المختلفة مما يدخل في نطاق الإدارة الحسنة ، كشراء أسهم وسندات بل وفي شراء

(١) ترولون فقرة ٢٨٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٢ وفقرة ٥٣٥ - عكس ذلك : بون ١ فقرة ٩١٤ - جيوار فقرة ٨٥ .

(٢) جيوار فقرة ٩١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٥ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٤) وقد قضى بأن التوكيل في إدارة أطيان يشمل جميع ما يلزم لزراعتها كشراء فحوم لإدارة وابورات الري المقامة فيها ، وكذا شراء الأدوات والبذور ، وأيضاً اقتراض ما يحتاج إليه من نقود للقيام بمثل أعمال الإدارة هذه (الزقازيق جزئي ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٢٥ ص ١٧ - وانظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦) .

(٥) نقض فرنسي ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٩٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٤٩ - باريس ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ٢ - ٨٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا وكل تاجر شخصاً آخر توكيلاً عاماً في إدارة تجارته ، كان للوكيل الحق في التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل ، لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الوسيطة الطبيعية لنماء التجارة وسرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة بموجب هذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه (مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الحماسة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧) .

المنقول والعقار إذا كانت مصلحة الموكل في ذلك واضحة^(١) . وللوكيل وكالة عامة أن يبالغ على حقوق موكله المتعلقة بالإدارة^(٢) . وقد تشمل الوكالة العامة بعض أعمال التبرع ، كالمناح والهديا المألوفة التي تعطى للخدم والمستخدمين إذ فيها معنى الأجرة^(٣) .

٢٤١ — الزكوة الخاصة — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المين والمرافعة أمام القضاء » .

« ٢ — والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

« ٣ — والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر الجارى »^(٤) .

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٣ — بلانيول وريبير وسافاثييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ — محمد على عرفه ص ٣٦٩ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨ .

(٣) جيوار فقرة ٨٤ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٢٥ — محمد على عرفه ص ٣٧٢ — أكرم أمين الحول فقرة ١٦٧ ص ٢١٠ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تحويرات لفظية وغير ترتيب الفقرات ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٥ — ص ١٩٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم : م ٦٢٩/٥١٥ — ٦٣١ : يجوز أن يكون التوكيل خاصاً أو عاماً . فالتوكيل الخاص لا يترتب عليه إلا الإذن للوكيل بإجراء الأعمال الميمنة في التوكيل وتوابعها الضرورية ، وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل في الأعمال المتعلقة بالإدارة .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أنه إذا كانت أعمال الإدارة تحتل الوكالة العامة فتشمل هذه جميع أعمال الإدارة على الوجه السابق ذكره ، كما تحتل الوكالة الخاصة فلا تشمل الوكالة إلا أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، فإن أعمال التصرف لا تحتل إلا الوكالة الخاصة ولا تجوز فيها الوكالة العامة . وإذا أمكن أن يوكل شخص شخصاً آخر فى جميع أعماله أو فى إدارة أعماله أو فى جميع أعمال الإدارة فينصرف هذا التوكيل العام إلى جميع أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه ، فإنه ليس من الحائز أن يوكله فى جميع أعمال التصرف دون تحديد لأنواع معينة من هذه الأعمال ،

م ٦٣٢/٥١٦ : لا يسوغ الإقرار بشئ بطريق التوكيل ولا طلب يمين ولا المرافعة فى أصل الدعوى ولا تحكيم محكمين ولا إجراء مصالحة أو بيع عقار أو حق عقارى أو ترك التأمينات مع بقاء الدين أو إجراء أى عقد يتضمن التبرع ، إلا بعد إثبات توكيل خاص بذلك أو تفويض خاص ضمن توكيل عام .

م ٦٣٣/٥١٧ : التوكيل فى بيع عقارات الموكل يتضمن الإذن ببيع عقار غير منصوص عليه ، وكذلك التوكيل فى تحكيم المحكمين أو فى إجراء المصالحة يتضمن التفويض للوكيل فى إجراء ذلك فى جميع حقوق الموكل ولو غير منصوص عليها . والحاصل أن التوكيل العام فى جنس عمل يكون معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، إلا فيما يتعلق بعقود التبرعات .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها

بتعميمه . فن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالحصومة فى كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين الخصم به والخصم . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول ، بخلاف التقنين الثانى ، يجوز الوكالة العامة فى جميع أعمال التصرف والتبرع ، ثم هو لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٧ : إن الوكالة الخاصة هى التى تعطى للوكيل فى مسألة

أو عدة مسائل معينة أو التى تمنحه سلطة خاصة محدودة . وهى لا تخوله حق التصرف إلا فيما عينته من المسائل أو الأعمال وتوابعها الضرورية حسبما يقتضيه نوع العمل أو العرف .

م ٧٧٨/٢ : أما أعمال التفرغ والمصالحة والتحكيم فتقتضى على الدوام وكالة خاصة .

• (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى

لا يحدد بالدقة الأعمال التى تقتضى وكالة خاصة ، وكذلك لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين

محل التبرع) .

ويكون هذا التوكيل في أعمال التصرف باطلا ولا تكون للوكيل صفة في مباشرة أى عمل من أعمال التصرف . فلا بد إذن من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف ، فتكون الوكالة في البيع أو في الشراء أو في الهبة أو في دفع حصة في الشركة أو في الإقراض أو في الصلح أو في الرهن أو في ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عيني آخر أصلي أو تبعي . ويجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات ، كما يجوز أن تشمل طائفة منها ، ولكن يجب في هذه الحالة الأخيرة أن تبين الوكالة على وجه التحديد . كل نوع من أنواع التصرفات التي تدخل فيها ، فتتعدد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان يضمها جميعاً ورقة واحدة^(١) . ويجب التمييز هنا ، في أعمال التصرف ، بين المعاوضات والتبرعات .

فالمعاوضات ، كالبيع والرهن ، وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة ، إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمحل الذي يقع عليه التصرف ، فتكون خاصة في نوع التصرف وعامة في محله . ومن ثم يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل معين ، كما يجوز أن يوكله في البيع بوجه عام . وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة في بيع أى مال للموكل بل في بيع جميع أمواله ، ولكن لا يجوز له أن يرهن هذه الأموال^(٢) أو أن يرتب عليها حقاً عينياً آخر^(٣) أو أن يصالح عليها أو أن يقرضها أو أن يجري فيها أى تصرف آخر غير البيع ، إذ لابد لكل نوع من هذه التصرفات من توكيل خاص^(٤) .

(١) وإذا خلت عبارة التوكيل عن النص على التنازل عن الحقوق ، ولكنها كانت صريحة في تحويل الوكيل لإجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلاً محضاً من طرف واحد ، وإنما هو صلح بما تتسع له حدود التوكيل (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩) .

(٢) ولكن قد يتضح من الظروف أن قصد الموكل من إعطاء التوكيل بالبيع الحصول على نقود هو في حاجة إليها ، فيجوز في هذه الحالة للوكيل إذا تعذر عليه البيع أن يرهن مال الموكل للحصول على النقود المطلوبة (جيوار فقرة ٩٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٥٣ - محمد علي عرفة ص ٣٧٣) .

(٣) كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية .

(٤) وقد قضى بأن الإقرار بحق الحكر وهو حق عيني يقتضي توكيلاً خاصاً (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥) . وكذلك يقتضي توكيلاً خاصاً اشتراك الدائن =

والتوكيل في الصلح لا يتضمن التوكيل في التحكيم ، والعكس صحيح فلا يتضمن التوكيل في التحكيم التوكيل في الصلح^(١) .

أما التبرعات ، كالهبة والإبراء ، فيجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضاً في محله . فلا يكفي أن يوكل شخص شخصاً آخر في الهبة أو في الإبراء ، بل يجب أيضاً أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه . فيذكر أنه وكله في هبة منزل معين أو أرض.

= في صلح مع مدينه المفلس (concordat) ينزل بموجبه عن جزء من حقه (استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٦) . والتقدم في مزايده يقتضى توكيلاً خاصاً (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦) . وكذلك فتح حساب جار (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢) . والتوكيل في نزع ملكية عقار المدين لا يتضمن توكيلاً في الدخول في مزايده هذا المقار (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ولكن التوكيل في الدخول في المزايده يتضمن التوكيل في التقرير بالشراء عن الغير (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠) . والتوكيل في الرهن يتضمن التوكيل في الاقتراض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧١-٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٥) . ومع ذلك فقد قضى بأن التوكيل في الرهن لا يتضمن التوكيل في الاقتراض (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٠) - ويقتضى الطعن بالتزوير توكيلاً خاصاً (م ٨١١ مرافعات - انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٧) - ويقتضى توكيلاً خاصاً حوالة حق مضمون برهن (استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) - ولا يجوز للوكيل أن يستعمل التوكيل لصالحه إلا بتفويض خاص ، فن وكل في الرهن لا يجوز له أن يرهن مال موكله لضمان ديونه الشخصية إلا بإذن خاص من الموكل (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٧٥ - ١٤ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٩) .

(١) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣١ - أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٣ ص ٩٢ - مصر استئنافي ٥ يولييه سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٤ ص ٢٦ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٠ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٧ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٥ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٢ - والتوكيل في الرهن لا يتضمن التوكيل في الكفالة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص التوكيل على تحويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يرى الدين من أملاك الموكل ، ولا يجوز الاعتماد عليه في أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ - وانظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) .

معينة أوسيارة بالذات أو كذا أردباً من القمح من نوع معين ، أو وكله في إبراء مدين معين من الدين الذى له في ذمته ومقداره كذا أو تاريخه كذا أو وصفه كذا ويصفه بما يعينه تعييناً كافياً^(١) . والفرق بين المعاوضات والتبرعات في هذا الصدد يرجع إلى أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات ، فيجب أن يكون التوكيل فيها محدداً تحديداً أدق من التحديد في المعاوضات ، فيعين نوع التصرف ومحلّه معاً حتى لا تطلق حرية الوكيل في التبرع بمال موكله كما يشاء . وتصح الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة كما قدمنا ، ويعين التوكيل في هذه الحالة عملاً من أعمال الإدارة أو طائفة من هذه الأعمال تقتصر الوكالة عليها : ولا يشترط في الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة ، كما لا يشترط في الوكالة الخاصة في المعاوضات ، تحديد المحل الذى يقع عليه العمل . ومن ثم يجوز التوكيل في إيجار أرض معينة ، أو في الإيجار بوجه عام ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة في إيجار أى مال للموكل ، ولكن ليس له أن يقوم بأى عمل غير الإيجار ، فلا يجوز مثلاً أن يدير أرضاً للموكل بطريق الزراعة على الدمة .

والوكالة الخاصة ، سواء كانت في التبرع أو التصرف أو الإدارة ، يجب عدم التوسع في تفسيرها ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالفه الذكر : « والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في الأمور المحددة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة الخاصة تصح في نوع معين من الأعمال القانونية ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٧٠٢ / ٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيه لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص ، بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصول . ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه في ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال بالذات الذى انصب عليه التبرع ، فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً ، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع ، طالما أن القانون قد اشترط تحديده في ذات سند التوكيل (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٩ ص ٩٧٧) . وتوكيل شخص شخصاً آخر في أن يكفل نيابة عنه مديناً معيناً يعتبر توكيلاً في عقد من عقود التبرع إذا كان الكفيل لا يتقاضى أجراً على كفالاته ، ومن ثم يجب أن يصدر توكيل خاص في ذلك وأن يتضمن هذا التوكيل الخاص تعيين الدين المكفول تعييناً كافياً (قرب نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - محمد على عرفة ص ٣٧٤) .

فيها . فالتوكيل في الإبراء من دين لا يشمل التوكيل في حوالة . والتوكيل في بيع منزل أو في إيجاره لا يشمل التوكيل في قبض الثمن (١) أو الأجرة (٢) . والتوكيل في قبض دين لا يشمل التوكيل في مقاضاة المدين (٣) ، ولا في منحه أجلًا للوفاء ، ولا في إبرائه ولو من جزء من الدين ، ولا في الحوالة ، ولا في الصلح ، ولا في التصرف فيما يقبضه الوكيل من الدين ولو لمصلحة الموكل (٤) . والتوكيل في الاقتراض لا يشمل التوكيل في الرهن (٥) .

والحامي لا بد أن يصدر له توكيل خاص في المرافعة أمام القضاء في قضية

(١) ومع ذلك فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « على أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته والعرف الجارى ، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٨ - وانظر آكم أمين الحولى فقرة ١٦٩ ص ٢١٢) . والظاهر أن الأمر في ذلك يرجع إلى نية المتعاقدين ، فقد يقصدان أن يشمل التوكيل في البيع قبض الثمن وقد يقصدان ألا يشمل ، وعند الشك يرجع إلى العرف الجارى . وهذا غير الوكالة العامة في أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل بيع المحصول والبضائع والمنقول الذى يسرع إليه التلف وقبض أثمانها (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ Rép. gén. du notariat ١٩٣٩-٢٥٤٦٣-بون ١ فقرة ٩٤٤ و فقرة ٩٥٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٣٥ - جيوار فقرة ٩٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٥٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٤ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٥ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٥٩ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٢ - محمد على عرفة ص ٣٧٣ .

(٣) وهذا غير الوكالة العامة في أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل قبض الدين ومقاضاة المدين والتنفيذ على أمواله (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٢٩ - مجلس الدولة الفرنسى ١٥ يناير سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ٣ - ١٤٣ - أنجييه ٩ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٣ - ٥٠ - بون ١ فقرة ٩٤١ - لوران ٢٧ فقرة ٤٣٨ - جيوار فقرة ٩٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ .

(٥) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٤٨ J.C.P. ١٩٤٨ - ٢ - ٤٥٣٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٨ - والتوكيل في شراء البذرة والغلال لا يشمل التوكيل في الاقتراض (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨١) . ولكن التوكيل في الرهن يشمل التوكيل في الاقتراض كما سبق القول (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . والتوكيل في الاقتراض على وجه معين لا يشمل التوكيل في الاقتراض بوجه عام ولا في إصدار أوراق تجارية (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٥) .

معينة أو في جميع القضايا التي ترفع من موكله أو عليه^(١) . وتوكيله في المرافعة أمام القضاء لا يشمل توكيله في الصلح ولا في التحكيم ولا في الإقرار ولا في توجيه اليمين ، بل لابد من توكيل خاص لكل تصرف من هذه التصرفات ، أي يجب أن يذكر في التوكيل الصادر للمحامى أنه موكل في المرافعة أمام القضاء وفي الصلح والتحكيم والإقرار وتوجيه اليمين^(٢) ، فإذا أغفل ذكر تصرف من هذه التصرفات لم تكن للمحامى صفة في مباشرته^(٣) . كذلك لا يتضمن توكيل المحامى في المرافعة أمام القضاء توكيله في ترك المرافعة أو في قبول الحكم أو في النزول عنه أو في الطعن في الحكم بطرق الطعن العادية^(٤) أو غير العادية

(١) ويجب في جميع الأحوال توكيل خاص في الوكالة بالخصومة ، فإذا أعلن الشفيع طلب الشفعة إلى وكيل البائع ولم يكن عند هذا الأخير توكيل خاص في الخصومة كان الإعلان باطلا ، ولا يجوز بعد انقضاء المواعيد إعادة الإعلان للبائع نفسه (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨١) . وإذا وكل المحامى في قضية معينة ، فلا يمتد التوكيل إلى قضية أخرى (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٩) . وتوكيل المحامى في أن يقوم بكل ما يراه في صالح موكله يكتفى لاعتباره توكيلا في رفع الدعاوى والمرافعة فيها (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٥٥) .

(٢) وإذا وجه المحامى اليمين دون توكيل خاص ، جاز للموكل أن يقر هذا التصرف بعد وقوعه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ، ص ٣٧٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٩-١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٩ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٨-٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢-٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥١ - نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - السين ٥ فبراير سنة ١٩٠١ La Droit ١٠ مايو سنة ١٩٠١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٣ . ولا يعتبر تكييف المحامى للدعوى إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر محامى الشريك في دعوى ريع رفعت ضده من باقى شركائه أنه وكيل عنهم على الشيوع وأن الدعوى التي توجه إليه يجب أن تكون دعوى حساب ، فإن هذا القول لا يعتبر إقراراً بحق . يستلزم توكيلا خاصاً من موكله ، وإنما هو من وسائل الدفاع المأخوذة للمحامى بمقتضى التوكيل الصادر إليه من موكله ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلطته في إعطاء التكييف القانوني للدعوى واتخاذ إجراءات الدفاع التي يراها مما ينطوي عليه ذلك التوكيل (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧٦ ص ٧١٩) .

(٤) ومع ذلك انظر في أن التوكيل في المرافعة يشمل التوكيل في الطعن في الحكم بطريق الاستئناف : دائرة النقض الجنائية ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٥ ص ١٠ - استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٤ (ويستثنى هذا الحكم حالة ما إذا رفع =

أو في النزول عن حق للموكل ، بل يجب أن يذكر كل ذلك في التوكيل الصادر للمحامى حتى تكون له صفة في مباشرته (١) .

= المحامى استثناءً دون أن يعلم الموكل أنه خسر الدعوى في محكمة أول درجة إذ لا يمكن القول في هذه الحالة بتوكيل ضمني) - إكس ٩ يونيه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ٥ - ٢٦٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

(١) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٠٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - أسبوط ٦ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤ ص ٤٣ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ١ - ١٩٢ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٣٥١ - ٤ أبريل سنة ١٨٢ سيريه ٩٣ - ١ - ٢٦٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٢٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٣ .

وقد ورد نصان في تقنين المرافعات يحددان نطاق التوكيل بالخصومة ، وما يدخل في عموم هذا التوكيل ، وما يجب أن يصدر فيه تفويض خاص . فنصت المادة ٨١٠ مرافعات على أن « التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف . وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً . وكل قيد يرد في سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتاج به به على الخصم الآخر » . ونصت المادة ٨١١ مرافعات على أنه « لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبل اليمين ولا توجيهها ولا ردّها ، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ، ولا رد القاضي ولا مخاصمته ولا رد الخبير ، ولا المرض الفعل ولا قبوله ، ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً . وكل ما يقع خلاف ذلك يجوز التنصل منه » .

وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع ، بما له من السلطة في تعرف حقيقة ما أراه العاقدان في العقد المبرم بينهما ، أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملابساتها . فإذا كانت المحكمة في الدعوى المرفوعة على المحامى من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضاعه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأتبان التي وكله في مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عادياً ، وقد قضت على المحامى بالتعويض ، مؤسسة قضاها على ما استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامى وما استخلصته من الظروف والملابسات التي صدر فيها من أنه وإن كان متعلقاً بدعوى معينة إلا أنه عام فيها ، فيشمل التزام المحامى بالعمل على تجديد الرهن في الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساقها ولا يتعارض مع أى نص في عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحولت معناه (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

٢٤٢ — الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية : ومع ذلك

فهناك وجه للتوسع في تفسير الوكالة ، فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدني سالفه الذكر بأن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها « وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري »^(١). وهذا النص لا ينطبق فحسب على الوكالة الخاصة في أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات ، بل أيضاً على كل وكالة فيشمل الوكالة الخاصة في عمل من أعمال الإدارة والوكالة العامة في جميع أعمال الإدارة : فالوكالة في البيع تشمل تسليم المبيع^(٢) ، والوكالة في الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة ، والوكالة في الشراء تشمل تسليم العين المشتراة^(٣) ، والوكالة في الاستئجار تشمل تسليم العين المستأجرة ، والوكالة في الاقتراض تشمل تسليم المبلغ المقرض . وتشمل الوكالة في قبض الدين إعطاء المخالصة بدفعه وشطب الرهن الذي يضمه^(٤) ، وقبض الدين قبل ميعاد حلوله^(٥) ، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين^(٦) . وتشمل الوكالة في الوفاء بدين الموكل من أي مال يستطيع

(١) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٩١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٤٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٥ ص ١٩٨ (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ في الهامش) - ولكن لا يجوز للوكيل بالبيع أن يدرج في العقد الذي أبرمه تنفيذاً للوكالة شروطاً تربط موكله بالتزامات أكثر مما أوجبه القانون بنير تفويض خاص ، فلا يجوز للوكيل في حوالة الحق أن يجعل موكله ضامناً ليسار المدين في الحال والاستقبال إلا إذا خول هذا الحق صراحة في سند التوكيل ، لأن الضمان الوحيد المنصوص عليه في القانون العام هو ضمان وجود الدين وقت الحوالة (شبين الكوم استئناف ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥) . والتوكيل في بيع المحصول لا يحول الوكيل إلزام موكله بدفع تعويض عند عدم تسليم المحصول (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ - ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٥٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٢ .

(٤) نقض فرنسي ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٨٧ - جيوار فقرة ٩٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٤ - محمد علي عرفة ص ٣٧٣ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٧٨ .

(٦) نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٢٩ - بلانيول وريبير

وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

الوكيل الحصول عليه الاقتراض لوفاء الدين بالمبلغ المقرض^(١) . وتشمل الوكالة في بيع أسهم لوفاء دين الموكل إعطاء هذه الأسهم للدائن في مقابل دينه^(٢) .

ويمكن القول بوجه عام إن الوكالة تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية ، ويرجع في ذلك إلى طبيعة التصرف محل الوكالة وإلى ما جرى به العرف ، وقبل ذلك إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين^(٣) .

٢٤٣ - إيجابات مدى سعة الوكالة : ومتى ثبت وجود الوكالة وفقاً لقواعد الإثبات السابق بيانها^(٤) ، ولم يبق إلا تحديد مدى سعة الوكالة ، فإن إيجابات هذا المدى يكون بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، ولو زادت قيمة الوكالة على عشرة جنيهات . ذلك أن الوكالة متى ثبت وجودها ، فإن مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها ، والتفسير من أمور الواقع التي يضطلع بها قاضي الموضوع ؛

وعلى من يتمسك بالوكالة يقع عبء إيجابات مدى سعتها : على الوكيل إذا كان يريد الرجوع على الموكل بالمصروفات التي أنفقها أو بالأجر أو بالتعويض ، وعلى الموكل إذا كان يطالب الوكيل بتنفيذ الوكالة أو بتقديم حساب عنها ، وعلى الغير الذي تعاقد مع الوكيل إذا كان يطالب الموكل بتنفيذ التصرف محل الوكالة^(٥) .

فالأمر إذن ينتهي إلى قاضي الموضوع ، وهو الذي يبت ، دون معقب عليه من محكمة النقض إلا إذا مسخ شروط الوكالة ، في مدى سعتها من حيث

(١) جيوار فقره ٩٧ - بودرى وقال في الوكالة فقره ٥٥٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه .

١١ فقره ١١٤٦٢ ص ٨٩٩ - ولكن قارن أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقره ١٦٧ .

(٢) باريس ١٢ يولييه سنة ١٩٨٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ٥٠٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه .

١١ فقره ١٤٦٢ ص ٨٩٩ .

(٣) أكثم أمين الخولى فقره ١٦٩ ص ٢١٣ .

(٤) انظر آنفاً فقره ٢٢٣ .

(٥) بودرى وقال في الوكالة فقره ٥٦٠ .

ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية ، ومن حيث ما ترك للوكيل من حرية في القيام بهذه التصرفات (١) .

(١) نقض فرنسي ٢٣ يوليه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ - ١ - ١٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٣٥١ - ١٤ يوليه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٠٨ - ١٥ يوليه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٣١ - ٨ و ٩ يوليه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧ - ١ - ١٣٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١١ - ١ - ٩٤ - ١٩ فبراير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٢٣٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٩١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٦١ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٧ - محمد علي عرفة ص ٣٧٥ .

وقد لخصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما قدمناه عن الوكالة العامة والوكالة الخاصة وعن تدرج الوكالة في التخصيص بحسب خطورة التصرف محل الوكالة في العبارات الآتية : « تعرض المادتان ٩٧٦ و ٩٧٧ (م ٧٠١ وم ٧٠٢ مدني) للوكالة العامة وللوكالة الخاصة . فالوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة دون أن يحدد لها عمل قانوني معين . فإذا وكل شخص آخر توكيلاً عاماً ، انصرفت الوكالة إلى أعمال الإدارة ، كإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وقبض الحقوق ووفاء الديون والقيام بأعمال الحفظ والصيانة ، وكذلك قطع التقادم وقيد الرهن وتجديد القيد وتوقيع الحجز التحفظي ورفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى وضع اليد . ويدخل في أعمال الإدارة أعمال التصرف التي تقتضيها أعمال الإدارة ، كبيع المحصول والبضاعة وبيع ما يسرع إليه التلف وشراء مواش ، وآلات للزراعة . أما الوكالة الخاصة فهي التي تتحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة ، كالتوكيل في البيع والشراء والصلح والتحكيم والتوكيل في الإيجار وفي بيع المحصول . ويتبين من ذلك أن الوكالة الخاصة قد ترد على عمل من أعمال التصرف أو على عمل من أعمال الإدارة . وقد ترد على العاملين معاً في وقت واحد ، والمهم أن تخصص في عمل أو أعمال قانونية معينة . ٢ - وأعمال الإدارة يصح أن تكون محلاً لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم . أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلاً إلا لوكالة خاصة لخطورتها . فلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلاً عاماً في جميع أعمال التصرفات دون أن يخصص أعمالاً معينة منها . فإن خصص ، اقتضت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات ، كما إذا وكل شخص آخر في بيع ماله وفي التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، فلا تتناول الوكالة في هذه الحالة إلا البيع دون غيره . على أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته وللعرف الجاري ، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع . ٣ - ويلحق بأعمال التصرفات في وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة ، أعمال تتطلب على شيء من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة ، وهذه هي الصلح وإلا دلاء باعتبار أن توجيه اليمين والدفاع أمام القضاء أمر موضوع الحق . ٤ - أما إذا كان العمل تبرعاً كالمهبة والعارية ، فلا تكفي الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذي يرد عليه العمل القانوني . وإذا صح أن يوكل شخص آخر في بيع ماله دون أن يعين المال الذي يباع ، فلا يجوز ذلك في التوكيل بالهبة . =

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على الوكالة

٢٤٤ — فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : لما كان محل الوكالة تصرفاً قانونياً يعقده الوكيل مع الغير ، فإن الوكالة يترتب عليها نوعان من الآثار : آثار فيما بين المتعاقدين الوكيل والموكل ، وآثار بالنسبة إلى الغير الذي تعاقد معه الوكيل .

الفرع الأول

آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

٢٤٥ — التزامات الوكيل والتزامات الموكل : تنشئ الوكالة التزامات تبقى بجانب الوكيل ، هي تنفيذ الوكالة ، وتقديم حساب عنها للموكل ، ورد ما يكون للموكل عند الوكيل .

وقد تنشئ التزامات في جانب الموكل ، هي دفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، ورد المصروفات أو تقديمها إذا كانت هناك حاجة إلى نفقات لتنفيذ الوكالة ، وتعويض الوكيل عن الضرر إذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة (١) .

= بل يجب أن يعين التوكيل المال الذي يوهب ، ولا يجوز للوكيل هبة غير هذا المال ، وذلك لخطورة أعمال التبرعات . هـ - ويلاحظ أن تدرج الأعمال في الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة في التخصيص . فما كان من الأعمال محدود الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكفي فيه الوكالة العامة . فإذا زادت خطورة العمل ، كما في أعمال التصرف وملحقاتها ، وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني . حتى إذا وصلت الخطورة إلى اللزوم ، كما في أعمال التبرع ، وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله » (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ١٩٧ - ص ١٩٩) .

١٠٠ (١) ولا تتقدم التزامات كل من الوكيل والموكل إلا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة . ولا تسري المدة إلا من وقت ثبوت الالتزام مستحق الوفاء في ذمة المتعاقد (بوردوئي) وقال في : الوكالة فقرة ٦٣٩ - فقرة ٦٤٠ .

المبحث الأول

التزامات الوكيل

المطلب الأول

تنفيذ الوكالة

٢٤٦ - مسائل نهوت : نبحت ، في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة « مسائل ثلاثا : (١) تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة . (٢) العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة . (٣) تعدد الوكلاء ونائب الوكيل ، إذ يجوز أن يقوم بتنفيذ الوكالة وكلاء متعددون ، أو يقوم بتنفيذها شخص آخر أنابه عنه الوكيل ..

§ ١ - تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة

٢٤٧ - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي ::
« ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة » ..
« ٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان، إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » (١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، والفقرة الأولى من النص،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد في فقرته الأولى ، أما الفقرة الثانية فكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أن له أن يخرج عن هذه الحدود إذا استحال عليه أن يخير الموكل مقدماً بتصرفه ، وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل ما أدخله على الوكالة من تعديل » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية تعديلاً جعلها هي أيضاً مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم النص ٧٣٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٠ - ص ٢٠١) .

كان مغمولا بها في عهد التقنين المدني القديم لاتفاقها مع القواعد العامة ، أما الفقرة الثانية فمستحدثة ولا يعمل بها إلا إذا كانت الوكالة قد أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت العمل بالتقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٦٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٩ - ٧٨٠ و ٧٨٧ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أن على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة المرسومة ، ومع ذلك يجوز له استثناء وبشروط معينة أن يجاوز هذه الحدود .

٢٤٨ - القاعدة - التزام حدود الوكالة المرسومة : يجب على الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة ، فلا يخرج على هذه الحدود ، لا من ناحية مدى سعة الوكالة والتصرفات القانونية التي تتضمنها ، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها له الموكل . فإذا كان موكلا في بيع منزل معين لمشتري معين بثمن معين ، على أن يكون الثمن نسيئة لأجل معين ، وعلى أن يضمن الوفاء بالثمن فوق امتياز البائع كفيل شخصي ملء ، وجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة في هذه الحدود المرسومة دون نقص أو زيادة ، وأن يجرى في طريقه تنفيذها على النحو المرسوم في الوكالة . فيجب عليه أن يبيع هذا

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٩ : لا يحق للوكيل أن يتجاوز الحدود المعبئة في الوكالة - غير أنه يستطيع الحيد عن التعليمات المعطاة له إذا تعذر عليه أن يعلم الموكل قبل ذلك ، وكانت هناك ظروف تقدر معها موافقة الموكل . وفي هذا الحال يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بلا إبطاء عما أجراه من التعديل في تنفيذ الوكالة .

م ٧٨٠ : إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكل إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعبئة في الوكالة ، فإن للفرق يعود إلى الموكل .

م ٧٨٧ : يجب على الوكيل أن يخبر الموكل عن جميع الظروف التي يمكن أن تحمله على تعديل الوكالة أو الرجوع عنها . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

المنزل المعين دون غيره ، وأن يبيعه لا أن يرهنه أو يقايض عليه أو يتصرف فيه بأي تصرف آخر غير البيع ، وأن يبيعه لهذا المشتري المعين لا لمشتري آخر ولو دفع ثمناً أعلى إلا إذا وافق الموكل ، وأن يبيعه بهذا الثمن المعين لا بثمن أقل . ويجب عليه فوق ذلك أن يجرى في تنفيذ الوكالة على الطريقة المرسومة فيها ، فلا يحدد لدفع الثمن أجلاً أبعد ، ولا يكتفى بامتياز البائع ضماناً للوفاء بالثمن بل يجب أن يضم إليه كفالة شخص ملىء^(١) .

وقد يتطلب تنفيذ الوكالة القيام بأعمال مادية تابعة للتصرف القانوني محل الوكالة ، كالقيام بإجراءات تسجيل البيع من تحرير العقد والتصديق على الإمضاء وغير ذلك من إجراءات التسجيل ، وكالبحث عن مشتري إذا لم يكن التوكيل لمشتري معين ، أو السفر إلى المشتري المعين في موطنه لإتمام الصفقة معه . فيقوم الوكيل بهذه الأعمال المادية التابعة للوكالة كوكيل ، لا كأجير يرتبط مع الموكل بعقد عمل أو بعقد مقاول^(٢) . ويترتب على ذلك أن أحكام عقد العمل أو عقد المقاول لا تسرى فيما يتعلق بهذه الأعمال المادية ، فلو أصيب الموكل بضرر بسبب تأديتها لا يدخل هذا الضرر في نطاق « إصابات عقد العمل » ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٣) .

وليس معنى التزام الوكيل بالحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل . فلو أنه في المثل المتقدم الذكر استطاع أن يتفق مع المشتري على أن يكون الثمن معجلاً لا نسيئة ، أو لأجل أقرب ، أو بكفالة شخصين

(١) ومجازة الوكيل لهذه الحدود المرسومة مسألة واقع ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوعي سائغ ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(٢) وتعرض المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة فتقول : « نقول واجبات الوكيل هو أن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة ، أي أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التي وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة ، دون نقص أو زيادة . فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط ، وكلاهما يكون مسئولاً عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ في الهامش . وهناك أحكام خاصة بنقطة الوكالة في الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة نصت عليها المادة ٧١١ مدني ، وسيأتي بيانها . انظر ما يلي فقرة ٢٨٨ وما بعدها .

مليئين بدلا من شخص واحد ، لصح ذلك وعاد نفعه على الموكل . ولو وکل شخص شخصاً آخر في بيع منزل أو في شرائه بضمن معين ، فباع الوكيل المنزل بضمن أعلى أو اشتراه بضمن أدنى ، لصح ذلك وكان الموكل هو الذي يفيد منه^(١). وقد نصت المادة ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم البديهي صراحة إذ تقول : « إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكل إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة ، فإن الفرق يعود إلى الموكل »^(٢).

ويحتفظ الوكيل بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب ، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات^(٣) كدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة وكرد المصروفات التي أنفقها ، وحتى يستطيع أيضاً أن يؤدي حساباً للموكل عن تنفيذ الوكالة كما سيأتي . فيحتفظ بنسخة العقد الذي أمضاه أو بالمستند الذي يثبت ذلك ، كما يحتفظ بالمستندات التي تثبت المصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة^(٤).

(١) ترولون فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣٠٩ - بون ١ فقرة ٩٧٤ - فقرة ٩٧٥ - لوران ٢٥ فقرة ٤٥٨ - جيوار فقرة ١٠٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ - وعلى العكس من ذلك لو باع بضمن أدنى أو اشترى بضمن أعلى ، كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ولكن يجوز له مع ذلك أن يلزم الموكل بالصفقة إذا هو تحمل فرق الثمن . وتقضي المادة ٣٩٧٪ ٢ من تقنين الالتزامات السويسري في هذا المعنى بأنه إذا خالف الوكيل تعليمات الموكل لغير صالحه ، فإن الوكالة لا تعتبر قد نفذت إلا إذا تحمل الوكيل بالخسارة (انظر في هذا المعنى جيوار فقرة ٧٤ و فقرة ١٠٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٤٩ - محمد علي عرفة ص ٣٧٧) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش - بل إن تقنين الموجبات والعقود اللبناني يذهب إلى أبعد من ذلك ، ويجيز أن يتعاقد الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه عادة . فتنبص المادة ٨٠٦ من هذا التقنين على أنه : « لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها إلا في الأحوال الآتية . . ثالثاً . إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المعينة في التعليمات التي تلقاها - رابعاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التي عينت له في التعليمات التي تلقاها ، وذلك في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل الشأن . (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المعتاد في التجارة أو في المكان الذي أبرم فيه العقد » .

(٣) نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ٣٧١ - ١٠ ديسمبر

سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

وإذا لم يقيم الوكيل بتنفيذ الوكالة على النحو سالف الذكر دون أن يتنحى عن الوكالة على الوجه الذى رسمه القانون ، جاز للموكل بعد إعداره أن يرجع عليه بالتعويض ، بل إن الإعدار لا يكون له مقتضى إذا أصبح تنفيذ الوكالة مستحيلاً (١) .

٢٤٩ — الاستثناء — الخروج عن حدود الوكالة المرسومة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل استثناء أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة « متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه من حدود الوكالة » . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أوراق مالية فى البورصة بسعر معين ، فلم تبلغ هذا السعر ولم يستطع الوكيل بيعها ، فألغى الموكل الوكالة وأعطى للوكيل وكالة جديدة فى رهن الأوراق تأميناً على قرض وكله فى عقده ، ولكن الوكيل عثر بعد ذلك على مشتر بالسعر الذى يطلبه الموكل ، فبدلاً من رهن الأوراق باعها بهذا السعر ، فإن بيعه للأوراق يكون صحيحاً بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة إذ باع بدلاً من أن يرهن ، وذلك إذا أثبت توافر شرطين سيأتى بيانهما . كذلك إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أرض زراعية ، فعرض المشتري على الوكيل أن يشتري كذلك المواشى والآلات الزراعية الموجودة بالأرض ، جاز للوكيل أن يقبل ما عرضه المشتري ، على أن يثبت توافر الشرطين المشار إليهما وهما :

أولاً — أنه بالرغم من خروج الوكيل عن الحدود المرسومة للوكالة ، إلا أن الظروف هى بحيث يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل (٢) . فى المثل الأول يثبت الوكيل أن غرض الموكل الأصلى هو بيع

(١) نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ - ١ - ٥٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٢) ويقول الأستاذ أكثم أمين الخولى فى هذا الصدد : « والمعيار هنا شخصى محض ، يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه . فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله عادة موكل عادى يوجد فى نفس الظروف . ولكن للوكيل أن يتبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف ، أى من عناصر ليست شخصية محضة » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٦) .

الأوراق المالية بسعر معين لا رهنها ، وهو لم يفكر في رهنها إلا بعد أن عجز عن بيعها بهذا السعر ، وقد وجد الوكيل مشترياً بالسعر المطلوب ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على بيعها . وفي المثل الثاني يثبت الوكيل أن الموكل لم تكن له مصلحة في استبقاء المواشي والآلات الزراعية بعد بيع الأرض ، وأنه إنما اقتصر على التوكيل في بيع الأرض حتى ييسر على الوكيل إيجاد مشتر يرغب في شراء الأرض دون المواشي والآلات الزراعية ، وقد وجد الوكيل مشترياً يرغب في شراء ذلك كله ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا البيع (١) .

(١) ويتبين من هذا الشرط الأول أن الوكيل قد يجاوز حدود الوكالة ، ولا يقتصر على مجرد مخالفة تعليمات الموكل في طريقة تنفيذ الوكالة (mode d'exécution du mandat) ، وسنرى فيما يلي على أي أساس قانوني تبقى الوكالة قائمة فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . ويذهب الأستاذ محمد على عرفة إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدني سألقة الذكر « قد نقلت بحرف عن النصوص المقابلة لها في التشريعات الأجنبية التي تجيز للوكيل في مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل (instructions) .. ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالة . و الفرق بين مخالفة التعليمات التي تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب . . والتجاوز كلية عن حدود الوكالة الذي تنتهي معه نيابة الوكيل عن الموكل » (محمد على عرفة ص ٣٧٨) .

والنصوص المقابلة لنص المادة ٢/٧٠٣ مدني في التقنينات الأجنبية هي - كما يتبين من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الجزء الثالث في العقود المسماة ص ٥٦٦ - المشروع الفرنسى الإيطالى م ٥٧٢ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٩ و ٧٨٧ ، والتقنين المدنى الألمانى م ٦٦٥ ، وتقنين الالتزامات السويسرى م ٣٩٧ ، والتقنين البولونى م ٢/٥٠٢ . وفيما عدا التقنين البولونى الذى ذكر أن الوكيل ينحرف عن التعليمات التي يتلقاها في شأن طريقة تنفيذ الوكالة concernant le mode d'exécution du mandat (s'écarter des instructions qu'il a reçues

le mode d'exécution du mandat) تقتصر التقنينات الأخرى على ذكر التعليمات التي يتلقاها الوكيل ، دون أن تقيد هذه التعليمات بأنها متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل تطلق النص فتجعله عاماً يشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة نفسها . وقد حاذى نص التقنين المدنى المصرى بوجه خاص نص المادة ٥٧٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو مطلق كما قدمنا ، لم يقيد التعليمات التي يتلقاها الوكيل وينحرف عنها بأن تكون تعليمات متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل عم لفظ « التعليمات » فشمّل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة .

فسواء وقفنا عند نص التقنين المدنى المصرى دون نظر إلى مصادره التشريعية ، أو نظرنا إلى هذه المصادر ، ليس هناك ما يبرر قصر النص على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ . دون حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بحدود الوكالة . على أن حالة =

ثانياً - أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، ولو أنه تراخى في عقد الصفقة حتى يخطر الموكل لضاعت عليه ، فأقدم على عقدها قبل هذا الإخطار .

واستيفاء كل من هذين الشرطين يكون محلاً لتقدير قاضي الموضوع (١) . فإذا توافر الشرطان اعتبر الوكيل نائباً عن الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وانصرف أثر العقد إلى الموكل فيما كان داخلاً في حدود الوكالة وفيما كان خارجاً عنها على السواء . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا توافر هذان الشرطان نفذ في حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاها الوكيل ، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة هذا الوكيل لحدود الوكالة » (٢) . ويلاحظ أن انصراف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة لا يأتى من أن الوكيل فضولى فيما جاوز فيه هذه الحدود ، لأنه يرجع على الموكل ويرجع عليه الموكل بموجب عقد الوكالة ذاته ، لا بموجب قواعد الفضالة وهى عادة تكون

= مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ لم تكن في حاجة إلى نص خاص ، فإن التقنين المدنى الفرنسى لا يشتمل على هذا النص ، ومع ذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى نفاذ تصرف الوكيل ولو انطوى هذا التصرف على تعديل ضرورى في طريقة تنفيذ الوكالة كان الموكل يوافق عليه لو أخطر به (جيوار فقرة ٢٠٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦١٧) .

انظر في المعنى الذى تقول به وأنه لا يوجد مبرر للقول بأن النص يقتصر على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ فحسب دون حالة التجاوز كلية من حدود الوكالة : أكم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أنه يجوز له (للوكيل) أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام في حدود الوكالة مع بقائه وكيلاً ، وذلك بشرطين : (١) أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف ، كما إذا وكل في بيع قدر معين من الأرض فتيأت له صفقة رابحة وباع قدراً أكبر ، أو وكل في الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن زسمى . وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل في تحقق هذا الشرط ، كان الأمر محلاً لتقدير القاضى . (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدماً بتصرفه . ويتروك تقدير هذا أيضاً للقاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٦ - ص ٢٠٧) .

(٢) - مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٧ .

أضيق من قواعد الوكالة . ولا يأتي انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك وكالة ظاهرة ، فقد يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل عالماً بمجاوزة هذا لحدود الوكالة ويرتضى مع ذلك التعامل معه ، وشرط الوكالة الظاهرة أن يكون الغير معتقداً أنه يتعامل مع وكيل في حدود وكالته كما سيجيء . وإنما يأتي انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة — لا صريحة ولا ضمنية — من جانب الموكل ، فقد دلت الظروف على أن الموكل « ما كان إلا ليوافق » على تصرف الوكيل . فافترض القانون — والظروف تبرر هذا الافتراض — أن الموكل قد صدرت منه موافقة أى توكيل فيما جاوز فيه الوكيل الحدود الأصلية للوكالة . لذلك كان نص المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالف الذكر أصدق دلالة على قيام إرادة مفترضة من جانب الموكل ، إذ يقول : « وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف »^(١) . وبقاء الوكيل نائباً حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة تؤكد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « على أنه يجوز له أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام في حدود الوكالة مع بقاءه وكيلًا ، وذلك بشرطين . . »^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٠ — وانظر آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش .
 (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٦ — وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش —
 والأدق أن يقال « مع بقاءه نائباً » ، لا أن يقال « مع بقاءه وكيلًا » . ومن المسلم أن النيابة قد تقوم دون وكالة كما أن الوكالة قد تقوم دون نيابة ، وسرى نظيراً لذلك الوكالة الظاهرة فهي أيضاً نيابة قانونية تقوم دون وكالة (انظر ما يلي فقرة ٣٠٨) .
 قارن في ذلك أكرم أمين الحولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٦ هامش ١ وص ٢١٧ : ويبرر قيام الوكالة فيما جاوز فيه الوكيل حدودها على أساس أنه لاحق بلامصلحة ، فلا يملك الموكل « أن يتبرأ من تصرف لا مصلحة له في استبعاده بدليل رجحان الظن بأنه هو نفسه ما كان إلا ليوافق عليه » . ثم يذهب إلى أن النص سيكون محدود التطبيق في العمل فيقول : « ونعتقد مع ما تقدم أن تطبيق هذا النص سيكون محدوداً في العمل ، أولاً لأن الغير لا يقبل التعامل مع الوكيل خارج حدود وكالته ، وثانياً لأن تطبيق المعيار الشخصى السابق ذكره — والخاص بموافقة الموكل — هو تطبيق بالغ الدقة لا سيما في حالة الخروج عن مضمون الوكالة أصلاً ، وثالثاً لأن تطبيق القاضى عملاً إلى توفر هذا الشرط » (فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ — ص ٢١٨) . ومع ذلك فقد رأينا أن كثيراً من التقنيات الأجنبية الهامة قد اشتملت على نظير لهذا النص (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) ، وهذا لا يتفق مع القول بأن النص محدود التطبيق في العمل .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدني سالفه الذكر: « وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ». ذلك أن المفروض هو أن الوكيل كان يستحيل عليه إبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة قبل أن يخرج عن هذه الحدود ، فيجب عليه إذن ، بعد أن خرج ، أن يخطر الموكل بذلك بمجرد تمكنه من هذا الإخطار . وليس الغرض من الإخطار أن يحصل الوكيل على موافقة الموكل ، فهذه الموافقة قد افترضها القانون كما قدمنا ، وإنما الغرض منه أن يجنب الوكيل الموكل مباشرة تصرف يتعارض مع التصرف الذي باشره الوكيل ، كأن يبيع الموكل ما سبق أن باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة . لذلك لا يكون الإخطار شرطاً في انصراف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل ، فهذا التصرف قد انصرف أثره إلى الموكل بمجرد أن باشره الوكيل . لكن تأخر الوكيل في إخطار الموكل يجعله مسئولاً عن تعويض هذا التأخير فيما لو باشر تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، فيكون مسئولاً في المثل المتقدم عن تعويض الموكل الذي باع ما سبق أن باعه الوكيل عن ضمان الاستحقاق الذي ترتب في ذمة الموكل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل ، فإن تأخر لم يؤثر ذلك في اعتباره وكيلاً فيما قام به من العمل ، وإنما يكون مسئولاً عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل ، كما إذا باع هذا المشتري آخر القدر الزائد من الأرض الذي باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة فرجع المشتري عليه بضمن الاستحقاق » (١) .

وقد افترضنا فيما قدمناه أن الشرطين الواجبين لانصراف أثر تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة إلى الموكل قد توافرا . أما إذا اختل الشرطان أو أحدهما ، بأن عجز الوكيل عن إثبات أن الظروف كانت بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل قبل مباشرته للتصرف ليحصل على موافقته فلم يفعل ، فإن الوكالة في هذه الحالة لا تعتبر إلا في حدودها المرسومة أصلاً ، وفيما جاوز الوكيل فيه هذه الحدود يجوز أن يعتبر فضولياً إذا توافرت شروط الفضالة ،

كما يجوز أن يعتبر وكيلاً ظاهراً إذا كان الغير الذي تعامل معه اعتقد بحسن نية أنه لم يجاوز حدود الوكالة وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة . فإذا لم تتوافر شروط الفضالة ولا شروط الوكالة الظاهرة ، توقف تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة على إقرار الموكل ، فإن لم يقره لم ينصرف أثره إليه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١) وسيأتي بيانها .

§ ٢ - العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة

٢٥٠ - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد » .

« ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد »^(٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٣٨/٥٢١ «^(٣) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما إذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان ، بأن كانت الظروف لا يمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدماً بتصرفه ولم يفعل ، فلا تعتبر الوكالة إلا في حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود ، فتتبع الأحكام المقررة في ذلك : انظر م ٩٩٠ - ٩٩١ من المشروع وسيأتي بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٢٠٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٦ في المشروع النهائى . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لفظياً طفيفاً في الفقرة الأولى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) .

(٣) التقنين المدني القديم م ٦٣٨/٥٢١ : والوكيل مسئول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه بالتوكيل باختياره . وهو مسئول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجره متفق عليها . (والتقنين المدني القديم يسير على نظرية تدرج الخطأ ، وقد هجرت هذه النظرية ، وأخذ التقنين المدني الجديد بنظرية عناية الرجل المعتاد في معيارها الشخصي والموضوعي كما سنرى : انظر ما يلى فقرة ٢٥٠ - وتسرى أحكام التقنين المدني بالقديم إذا كانت الوكالة قد عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري، م ٦٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٥ - ٧٨٦ ، و٧٩٠ (١) .

٢٥١ - نظرية تدرج الخطأ والنظرية الحديثة : ويخلص من هذا النص، أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن ، أو يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة ، ولكن التوكيل في أي تصرف قانوني ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ في جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة ، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية (٢) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٤ (موافق) .

م ٩٣٥ : المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده ، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان . وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٥ : على الوكيل أن يعنى بتنفيذ الوكالة عناية الأب الصالح .

م ٧٨٦ : يجب التشدد في تفسير الموجبات المنصوص عليها في المادة السابقة : أولاً - إذا كانت الوكالة مقابل أجر . ثانياً . إذا كانت في مصلحة قاصر أو فاقد الأهلية أو في مصلحة شخص معنوي .

م ٧٩٠ : إن الوكيل مسئول عن الأشياء التي استلمها من طريق الوكالة ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ٦٩٦ و ٦٩٧ و ٧١١ ، و ٧١٢ و ٧١٤ و ٧١٥ (وهي خاصة بالوديعة) - وإذا كانت الوكالة مقابل أجر ، فإن تبعة الوكيل تخضع لأحكام المادة ٧١٣ (وهي خاصة بالوديعة بأجر) . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تقارب أحكام التقنين المصري) .

(٢) انظر مازو في المسئولية ١ فقرة ٧٠٦ - ١٨ ص ٦٧٤ - وتطبيقاً لذلك تقضى المادة ٧١٠ مدني ، كما سنرى ، بأن الموكل يرد للوكيل ما أفققه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حفظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الفرض المقصود منها .

وهناك نظرية قديمة مهجورة هي نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسم وخطأ سير وخطأ تافه . وتقسم العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيها لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسمي ، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير ، وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية وفيها يسأل المستعير حبي عن الخطأ التافه . وقد سار التقنين المدني القديم على هذه النظرية ، فجعل الوكيل مسئولاً عن الخطأ اليسير إذا كانت الوكالة مأجورة لأنها تكون في هذه الحالة لمنفعة المتعاقدين معاً ، وجعله غير مسئول إلا عن الخطأ الجسمي إذا كانت الوكالة غير مأجورة لأنها تكون في مصلحة الدائن وحده . أما التقنين المدني الجديد فقد نبذ هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة في معيار الخطأ العقدي ، فقضى بأن المدين في التزام يبذل عناية « يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ١/٢١١ مدني) . وقد رأيناه يطبق هذه النظرية في الإيجار بعد أن لاحظ أنه في مصلحة المتعاقدين معاً ، فقضى بأنه يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ١/٥٨٣ مدني) . ورأيناه يطبقها في العارية بعد أن لاحظ أنها في مصلحة المستعير دون المعير ، فقضى بأنه يجب على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ما له دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ١/٦٤١ مدني) . وسرنا يطبقها في الوديعة بعد أن لاحظ أنها في مصلحة المودع دون المودع عنده إذا كانت غير مأجورة ، وفي مصلحة المتعاقدين معاً إذا كانت مأجورة ، فقضى بأنه يجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وأن يبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة (م ٧٢٠ مدني) . وها نحن الآن نراه يطبقها في الوكالة فيميز ، كما ميز في الوديعة ، بين ما إذا كانت الوكالة غير مأجورة فتكون في مصلحة الموكل دون الوكيل ويكون الوكيل مسئولاً عن العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل

المعتاد ، أو كانت الوكالة بأجر فتكون في مصلحة المتعاقدين معاً ويكون الوكيل مسئولاً عن عناية الرجل المعتاد^(١) .

ونرى من ذلك أن التقنين المصرى الجديد اعتنق النظرية الحديثة في المسئولية عن الخطأ العقدي ، والتزمها في تطبيقاتها المتكررة في العقود المختلفة^(٢) :

٢٥٢ - مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ مدني ، في صدد المسئولية عن الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية ، على ما يأتي : « وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . فالوكيل ، مأجوراً كان أو غير مأجور ، يكون دائماً مسئولاً في تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطئه الجسيم ، حتى لو اتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسئولية^(٣) .

فيكون الوكيل مسئولاً عن تعمله عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها في الوقت المناسب . ويكون مسئولاً ، إذا وكل في بيع شيء دون تحديد قيمته ، عن تواطؤه مع المشتري على تخفيض الثمن^(٤) . وإذا كان في يده مال للموكل ، لم يحز له أن يستعمله في مصلحة نفسه . فإذا فعل ذلك بنية تملكه كان مبدداً ، وتحققت مسئوليته الجنائية ومسئوليته المدنية ، وفي جميع الأحوال تجب عليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه ، من وقت استخدامها (م ٧٠٦ / ٢ مدني)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن يبذل الوكيل في تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية . وقد حدد المشروع هذا القدر مطبقاً في ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع ، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة . فالوكيل إذا كان مأجوراً يطلب منه عناية الرجل المعتاد . أما إذا كان غير مأجور ، فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله في أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد . وهذه هي المعايير التي تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧) .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) بلانبول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩٠٩ - وانظر في تطبيقات مختلفة للغش أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بعدم سريان الإقرار الصادر من الوكيل بصحة السند الذي طعن فيه الموكل بالتزوير متى كان هذا الإقرار وليد الغش والتواطؤ بين الوكيل والخصم (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ١٦٣ ص ١٠٧٢) .

وسياتى تفصيل ذلك . وإذا كان موكلا في إدارة أرض زراعية مثلا ، وأجر الأرض بأجرة بخسة متواطئاً في ذلك مع المستأجر كان مسئولاً عن غشه . وإذا أهمل في تقاضى الأجرة حتى تمكن المستأجر من نقل محصولاته^(١) ، أو أهمل في دفع الضريبة (الأموال) فحجز على الأرض لاستيفائها ، فيغلب أن يكون إهماله هذا خطأ جسيماً ويكون مسئولاً عنه . وإذا كان وكيلاً في الإقراض ، فأقرض شخصاً ظاهر الإعسار أو معروفاً بالماطلة ، ولم يأخذ تأمينات لضمان القرض أو أخذ تأمينات يعرف ألا قيمة لها أو أن قيمتها غير كافية ، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته . وإذا كان وكيلاً في بيع مال للموكل لم يجز له أن يشتريه لنفسه دون إذن الموكل كما سبق القول^(٢) ، فإذا فعل وترتب على ذلك أن أضاع على الموكل صفقة رابحة تهيأت بتقدم مشتر للمال بثمن عال ، كان هذا خطأ جسيماً وكان الوكيل مسئولاً عنه . وإذا تعمد الوكيل مجاوزة حدود وكالته في غير مصلحة للموكل ، ولكنه ألزم الموكل بالعقد الذى أبرمه مع الغير حسن النية لتوافر شروط الوكالة الظاهرة على النحو الذى سنبينه فيما يلى ، رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر الذى أصابه من ذلك ، إذ يكون الوكيل قد ارتكب غشاً أو فى القليل خطأ جسيماً في تنفيذ الوكالة . وإذا وكل محام في الطعن في حكم ، ولم يرفع الطعن في الميعاد القانونى عن تقصير ، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته^(٣) . وإذا اتصل بنخصم موكله وأمدّه بمعلومات تضر بمصلحة موكله ، أو أفشى أسرار المهنة ، كان هذا غشاً يشدد

(١) أو ترك الأجرة تسقط بالتقادم ، وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل في الإدارة يكون مسئولاً عن خطأه الجسيم إذا هو رحل المتأخرات من سنة لأخرى ، وقعد عن المطالبة بها حتى سقطت بالتقادم (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٨٥ ص ٥٤٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ .

(٣) وإذا اتفق محام مع موكله على الحضور عنه أمام المحكمة الاستئنافية ولم يحضر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئوليته (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) . وكذلك يكون مسئولاً إذا ترك حكماً غيائياً لمصلحة موكله وكل في تنفيذه . يسقط من جراء عدم تنفيذه خلال ستة شهور (استئناف وطنى ٢٤ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٨ ص ٢٦) . وإذا نزل للوكيل عن مرتبة الرهن التى ثبتت لموكله ، وذلك لمصلحة أخيه ، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م

من مسئوليته^(١) : وإذا خالف الوكيل شروط الموكل في كيفية استغلال المال ، واستغله في غير مصلحة الموكل ، كان هذا خطأ جسيماً ، ووجب رد المال مع فوائده القانونية^(٢) .

٢٥٣ - مسؤولية الوكيل عن الخطأ العادي : أما إذا كان الخطأ عادياً ، أى خطأ يسيراً ، فإنه يجب التمييز ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة كما أنه صريح نص المادة ٧٠٤ سالفه الذكر .

فإن كانت الوكالة مأجورة ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص المعتاد^(٣) ، أى أن المعيار هنا يكون معياراً موضوعياً لا شخصياً^(٤) . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلاً هي العناية التى يبذلها هو في شؤون نفسه ، كان مع ذلك مسئولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية .

(١) وقد نصت المادة ٢٠٧ مرافعات على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعتهم بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة » .

ونصت المادة ٢٠٨ مرافعات على ما يأتى : « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين في المادة السابقة أن يتردوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم ، على ألا يخجل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

ونصت المادة ٣٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات ، للمحامى أن يمتنع من أداء الشهادة عن الأمر أو الإيضاحات المنصوص عليها في المادة ٢٠٧ إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة .. ولا يجوز تكليف المحامى أداء الشهادة في نزاع وكل أو استشير فيه » . ونصت المادة ٣٥ من نفس القانون على ما يأتى : « على المحامى الحاضر عن خصم أن يمتنع عن سب الخصوم وذكر الأمور الشخصية التى نسيبهم واتهامهم بما يمس شرفهم أو سمعتهم ، ما لم تستلزم ذلك حالة الدعوى أو ضرورة الدفاع عن مصالح الموكل » .

وانظر في إنشاء سر المهنة : استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٩ - الإسكندرية المختلطة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٦ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٠ .

(٣) وتكون الوكالة في حكم المأجورة ، فمطلب فيها عناية الشخص المعتاد ، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠) .

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ .

أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، ولا يكون بعد ذلك مسئولاً عن ضرر يصيب الموكل حتى لو ثبت أنه كان يستطيع توقي هذا الضرر لو بذل عنايته في شؤون نفسه ، لأنه غير مسئول إلا عن عناية الشخص المعتاد ولو نزلت هذه العناية بمعياريها الموضوعي عن عنايته بشؤون نفسه بمعياريها الشخصي .

أما إذا كانت الوكالة غير مأجورة ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن بذل عنايته في شؤون نفسه بالمعيار الشخصي إذا كانت هذه العناية هي دون عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعي . فإذا كانت عنايته الشخصية هي أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعي دون عنايته الشخصية بالمعيار الشخصي . والسبب في ذلك واضح ، فإنه وكيل غير مأجور وهو متفضل بترعه ، فلا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولاً إذن إلا عن أدنى العنايتين . وشأنه في ذلك شأن المودع عنده غير المأجور على ما سئرى^(١) . وهذا بعكس المستعير الذي لا يولى تبرعاً بل يتلقاه ، فيكون مسئولاً عن أعلى العنايتين عناية الشخص المعتاد وعنايته الشخصية^(٢) .

وتطبيقاً لما قدمناه يكون الوكيل مسئولاً إذا تأخر في تنفيذ الوكالة دون مبرر^(٣) فأضاع على الموكل صفقة رابحة ، ما لم يكن غير مأجور وكان معروفاً بالتهاون في شؤونه الخاصة . وإذا كان موكلاً في قبض دين فهاون حتى انقضى الدين بالتقادم^(٤) ، كان مسئولاً ، إلا إذا كان غير مأجور وكان نظراً لقصوره الشخصي لا يدرك معنى انقضاء الدين بالتقادم . وإذا كان

(١) انظر ما يلي فقرة ٣٥٦ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٨٦٠ .

(٣) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨٢ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٢٤ - بون ١ فقرة ٩٩٥ - جيوار فقرة ١٠٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٦ .

(٤) جيوار فقرة ١٠٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٧ - أر نزل عن جزء من الدين إضراراً بالموكل (فقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) .

موكلا في شراء منزل ، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تختفى على الشخص العادى ، كان مسئولاً عن ذلك نحو الموكل^(١) ، فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تختفى عليه هو لم يكن مسئولاً . أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها ، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية ، فإنه لا يكون مسئولاً عنها ، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور : ذلك أنه إذا كان مأجوراً لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر ، وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولاً عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك . ولكن الموكل يستطيع في هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية . ويجب على الوكيل أن يتخذ الاحتياطات المألوفة للمحافظة على مال الموكل من التلف أو الضياع ، فإذا كان المال بضاعة تنقل من مكان إلى آخر ، وكان المألوف التأمين على مثل هذه البضاعة عند نقلها ، وجب عليه أن يؤمن عليها وإلا كان مسئولاً إذا تلفت أو ضاعت في الطريق^(٢) . ومع ذلك لا يكون مسئولاً إذا كان الموكل نفسه لا يؤمن على البضاعة لو كان هو الذى تولى نقلها بنفسه^(٣) ، أو كان الوكيل غير مأجور ولا يؤمن على البضاعة لو أنها كانت بضاعته^(٤) . وإذا باع الوكيل أو أقرض مال الموكل ، لم يكن مسئولاً عن يسار المشتري أو المقرض ، ما لم يكن ظاهر الإعسار فقد قدمنا أن الوكيل

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٠٣ وفقرة ٦٠٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١ - وإذا وكل شخص في شراء بضائع في المزاد بأثمان معينة ، فلم يدخل المزاد في بعضها ، ودخل في بعض آخر عارضاً ثمناً غير الثمن المتفق عليه ، كان مسئولاً عن هذا الخطأ ، ولا حق له في الأجر (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٧) . ولا يكون الوكيل مسئولاً إذا باع بضاعة قابلة للتلف (كانت البضاعة بصلاً) بثمن أقل من الثمن الذى عينه الموكل ، إذا أثبت الوكيل أنه ما كان يستطيع البيع بأعلى من هذا الثمن ولو امتنع عن البيع لتلف البضاعة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٢) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١ - أولم يسجل الكتاب الذى يرسل فيه الموكل نقوداً أو أشياء ثمينة أخرى ، بل يرسلها في كتاب عادى غير موصى عليه (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٧٩ - جيوار فقرة ١٠٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٠٣ ص ٣١٨ .

(٤) محمد على عرفة ص ٣٧٨ .

يرتكب في هذه الحالة خطأ جسيماً يكون مسئولاً عنه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور^(١).

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٠٤ - أما إذا كان غير ظاهر الإعسار ولكن كان من اليسير على الوكيل أن يعلم أنه معسر لو بذل العناية المألوفة في حالة الوكالة بأجر ، أو لو بذل عنايته الشخصية في حالة الوكالة بغير أجر ، فإنه يكون مسئولاً (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠ - محمد علي عرفة ص ٣٧٩) .

وعلى هذا النحو يكون الوكيل مسئولاً عن الخطأ بمعياره الموضوعي أو بمعياره الشخصي بحسب الأحوال ، إذا أساء تقدير الصفقة التي عقدها وهل هي رابحة أو خاسرة (نقض فرنسي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ٢٨٣) ، أو لم يتخذ الإجراءات اللازمة لسلامة الصفقة (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٥٤ - بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠) ، أو لم يطلب زيادة الأجر تطبيقاً لأحكام التشريعات الاستثنائية في الإيجار (السين ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ - ٦٣) ، أو يرفع دعوى عن رعوثة دون أن يتثبت من سلامة الادعاء (نقض فرنسي ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٦) ، أو لم يتثبت من ملكية البائع في تحرير عقد البيع للمشتري (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧) .

وإذا كانت الوكالة في صلح فعقد الوكيل الصلح في حدود الوكالة ، انصرف أثر الصلح إلى الموكل ، ولكن الوكيل يكون مسئولاً قبل الموكل إذا لم يبذل العناية الواجبة في تحرى مصلحة الموكل وترتب على ذلك أن ألحق الصلح بالموكل غيباً (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) . وإذا كان العرف أو القانون في البلد الذي شحنت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترليين ، وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها ، فإنه يكون من الواجب على البنك الذي وكل في هذا العمل إما التخلي عن قبول الوكالة أو القيام بتخزين البضاعة وفقاً لتعليمات المرسل ، فإن خالف ذلك وسلم السندات كان مسئولاً عن عمله (نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١) . ولما كان إيجار الوقف في عهد التقنين المدني القديم يجوز بالغبن الفاحش ، كان القضاء يقصر ذلك على العلاقة فيما بين الناظر والمستأجر دون العلاقة فيما بين الناظر والمستحقين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه في النظر ، ولا يمتد ذلك إلى المستحقين ولا يسرى عليهم ، لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولاً أمامهم عن تقصيره وفقاً للقواعد الخاصة بعقد الوكالة ، وإذن متى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذي يتقاضى أجراً قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذه الأجرة في علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٣ ص ١٥٥١) . ولكن لا محل لطلب تعويض لبيع أقطان بأقل مما تساوى ، إذا فوض صاحب =

٢٥٤ - عدم مسؤولية الوكيل عن السبب الأجنبي : وككل مدين

لا يكون الوكيل مسئولاً عن السبب الأجنبي . فإذا كان الضرر الذي أصاب الموكل من جراء تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ الموكل نفسه ، فإنه يكون ضرراً ناجماً عن سبب أجنبي ، ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولاً عنه (١) .

وتطبيقاً لذلك يكون الوكيل غير مسئول إذا وكل في شراء منزل أو في بيعه ، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو انهدم في غارة جوية ، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلاً بقوة قاهرة أو بحادث فجائي (٢) .

وكذلك لا يكون الوكيل مسئولاً إذا وكل في قبض دين ، فصدر قانون بوقف دفع الديون (moratorium) ، فلم يستطع الوكيل لهذه القوة القاهرة أن ينفذ الوكالة ويقبض الدين . ولا يكون مسئولاً للتأخر في تنفيذ الوكالة إذا اقتضى تنفيذها الانتقال إلى مكان آخر ، فانقطعت سبل المواصلات لحرب أو ثورة أو قوة قاهرة أخرى . ولا يكون مسئولاً إذا وكل في التعاقد مع شخص بالذات لاعتبارات شخصية فيه فمات هذا الشخص قبل أن يتعاقد معه ، إذ يكون عدم تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة (٣) .

= الأقطان إلى الوكيل أن يبيعها عندما يريد، ولم يثبت أن البيع حدث بأقل من الثمن الجارى يوم البيع (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٨٢) . وانظر استئناف مختلف ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ - ٩ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٨٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٤ .

وانظر في تطبيقات مختلفة للخطأ العادى أنسيكلويدى داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٣ - فقرة ٢٠١ .

(١) ويرجع الوكيل على الموكل بما عسى أن يكون قد أنفقته في تنفيذ الوكالة بالرغم من أن التنفيذ قد حال دون إتمامه سبب أجنبي ، فسنرى أن الوكيل يرجع بالمصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة مهما كان حظه من النجاح في تنفيذها (م ٧٠ مدنى) : محمد على عرفة ص ٣٨٠ - وانظر ما يلي فقرة ٢٨٥ .

(٢) وقد قدمنا أنه لو كان المنزل قد احترق قبل التوكيل ، كانت الوكالة باطلة لاستحالة المحل (انظر آنفاً فقرة ٢٣٣ في الهامش) . أما هنا فالمنزل قد احترق بعد التوكيل وقبل تنفيذ الوكالة ، فتتفسخ الوكالة لاستحالة التنفيذ ، ولا يكون الوكيل مسئولاً عن التعويض لأن الاستحالة بسبب قهرى .

(٣) وإذا قبض الوكيل مالا للموكل فضاع أو تلف بقوة قاهرة، لم يكن الوكيل مسئولاً . =

وكذلك لا يكون الموكل مسئولاً عما ينجم من الضرر في تنفيذ الوكالة بفعل الغير . فإذا اقتضى هذا التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير ، وضاع هذا المال بفعل المودع عنده ، لم يكن الوكيل مسئولاً ، إلا إذا كان المودع عنده تابعاً للوكيل فيكون مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ولا يكون ألحامي مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن ضياع مستندات موكله ، إذا أثبت أنه أودع هذه المستندات قلم كتاب المحكمة وأن هذا القلم هو الذي أضاعها (١) . وإذا وكل شخص في قبض دين ، فلم يستطع أن ينفذ الوكالة لإعسار المدين ، لم يكن مسئولاً ، والغير هنا هو المدين المعسر (٢) . وعلى الوكيل أن يثبت إعسار المدين ، فإذا ادعى الموكل أن المدين لم يكن معسراً وقت التوكيل وقد تهاون الوكيل في مطالبته حتى أعسر ، كان على الموكل أن يثبت دعواه ، فإذا أثبتها كان الوكيل مسئولاً لتهاونه (٣) .

وأخيراً لا يكون الوكيل مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن خطأ الموكل نفسه . فإذا كان الوكيل في حاجة إلى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فتلقى منه بيانات خاطئة ، أو كان في حاجة إلى نقود يقدمها له الموكل فتأخر هذا في تقديمها ، لم يكن الوكيل مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن ذلك (٤) .

== وقد نصت المادة ٩٣٥ مدني عراقي في هذا الصدد على أن «المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده ، فإذا تلف دون تعد يلزمه الضمان . والموكل أن يطلب إثبات الهلاك » .
(١) أنجييه ٩ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ٢ - ٣٥٣ - بودري وقال في الوكالة
فقرة ٣٩٦ .

(٢) باريس ٩ فبراير سنة ١٨٩٣ جازيت دي پاليه ٩٣ - ١ القسم الثاني ص ٤٦ .
(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٦ - ويكون الوكيل أيضاً غير مسئول لأن عدم تنفيذ الوكالة يرجع إلى فعل الغير الذي يتعامل معه ، إذا رفض هذا الغير التعاقد مع الوكيل (جيوار فقرة ١٠٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٦) .

(٤) نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٥٩ - جيوار فقرة ١٠٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٨ - ولا يكون الوكيل ضامناً لهلاك الشيء ملك الموكل إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أوقوة قاهرة ، ولو كان في وسع الوكيل أن يتحاشى الهلاك باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المملوك للموكل فاختار أن ينقذ ما يملكه . وهذا بخلاف المستعير فإنه يكون مسئولاً في هاتين الحالتين الأخيرتين (م ٢/٦٤١ مدني) ، وذلك لأن المستعير يتلقى تبرعاً من المعير ، أما الوكيل - حتى لو كان بأجر - فلا يتلقى تبرعاً من الموكل (بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٠٦ - وانظر عكس ذلك بون ١ فقرة ٩٩٨ - ترولون فقرة ٤٠٩) .

٢٥٥ — الإثبات: ولما كان التزام الوكيل سر مزام ببذل عناية كما سبق القول ، والموكل في صدد مطالبته بتعويض لإخلاله بتنفيذ التزامه ، فإن الموكل هو الذى يقع عليه عبء إثبات عقد الوكالة وأن الوكيل لم يقيم بتنفيذ التزامه أوقام به على وجه معيب^(١) ، وأنه قد نجم عن ذلك ضرر أصاب الموكل . فإذا أثبت الموكل ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الوكيل العقدي . وللوكيل عند ذلك أن ينفي عن نفسه المسؤولية بأن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتتعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق مسؤولية الوكيل العقدية . ويجوز للوكيل أيضاً ، إذا أثبت الموكل عقد الوكالة ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك الموكل يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً فبذل في تنفيذ الوكالة كل العناية الواجبة^(٢) .

وإذا ادعى الموكل أنه قدم للوكيل مالا أوشيناً لتنفيذ الوكالة وطلب حساباً عنه ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، وإذا كان عقد الوكالة ثابتاً بالكتابة جاز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يعزز بالبينة أو بالقرائن لإثبات دعوى الموكل^(٣) . أما إذا ادعى الموكل أن الوكيل قد تسلم من الغير

= وانظر في تطبيقات مختلفة للسبب الأجنبي أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٣ - فقرة ٢٠٤ .

(١) وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك (نقض فرنسي ٣ فبراير سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧-١-٢٦٨-١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦-١-٣٩-٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧-١-٤٧١-٢١ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-٤٤٧-٢ يولييه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١-١-٤٤٥-٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥-١-٤٨٥-بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧١ ص ٦١٣ - وإذا أراد الوكيل إثبات أنه قام بإبرام التصرف القانوني ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة للإثبات ، فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . أما إثبات الوقائع المادية التي صدرت من الوكيل فيكون بجميع الطرق (نقض فرنسي ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤-١-٢٣٦-٢٧ يونيه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤-١-٣٧١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٦٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤) .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٦١ - جيوار فقرة ١٣٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١٤٧٤ فقرة ١٤٧٤ .

مالاً أو شيئاً لحساب الوكالة ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن مهما بلغت القيمة ، لأنه لم يكن يستطيع في هذا الفرض الحصول على إثبات كتابي^(١) . وإذا كان الوكيل ملتزماً بموجب الوكالة أن يطالب الغير بشيء ، فمجرد عدم مطالبته إياه به يعتبر خطأ في جانبه ، وليس على الموكل أن يثبت أن الغير سلم الشيء للوكيل^(٢) ، وذلك ما لم يثبت الوكيل أن عدم مطالبته للغير بتسليم الشيء يرجع إلى سبب أجنبي^(٣) .

وعلى الوكيل عبء إثبات الوجوه التي استعمل فيها المال أو الأشياء التي تسلمها من الموكل^(٤) . أما المبالغ التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل ولم يكن مفوضاً في استعمالها ، فإنه يلتزم بدفعها للموكل ، فإذا ادعى هذا أن الوكيل استعملها لصالح نفسه وجب عليه إثبات ذلك^(٥) ، وعندئذ يكون له الحق في فوائدها بالسعر القانوني من وقت استخدام الوكيل لها (م ٧٠٦ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك .

٢٥٦ — التعويض : والتعويض الذي يرجع به الموكل على الوكيل من جراء أخطائه في تنفيذ الوكالة يكون بمقدار الضرر الذي أصاب الموكل بسبب هذا الخطأ . فإذا لم يكن هناك ضرر ، فلا تعويض . مثل ذلك أن يوكل دائن شخصاً في التنفيذ على منزل لمدينه مرهون له ، فيقصر الوكيل في اتخاذ إجراءات التنفيذ وينجم عن هذا التقصير أن يفوت على الموكل التنفيذ على هذا المنزل ، ثم

(١) نقض فرنسي ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٨٣ - جيوار فقرة ١٣٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .
(٢) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ١١٣ - ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٤٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٤) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ - ١ - ٢١٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٥) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ - وله إثبات هذه الواقعة المادية بجميع الطرق (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ - ١ - ٢١٣ .

يتبين أن دائئاً مرتبهاً متقدماً على الموكل استنفد ثمن المنزل استيفاء لحقه ، فلم يكن ليبقى شيء من الثمن يأخذه الموكل لو أن وكيله لم يقصر في تنفيذ الوكالة^(١) . أما إذا أصاب الموكل ضرر ، فإن التعويض يكون بمقدار هذا الضرر^(٢) . فإذا فوت المحامي ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه ، كان مسئولاً عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن في الميعاد^(٣) . وإذا قصر الوكيل في قبض دين وكل في قبضه حتى انقضى الدين بالتقادم ، كان مسئولاً نحو الموكل بمقدار هذا الدين . وإذا كان في يده مال للموكل فتلّف أوضاع بتقصيره ، كان مسئولاً عن قيمة هذا المال . وإذا باع منزلاً وكل في بيعه بثمن بخس ، وكان يستطيع بيعه بثمن أعلى لو بذل العناية الواجبة ، كان مسئولاً عن الفرق في الثمن^(٤) .

وقد يكون الوكيل موكلًا في بيع أرض ومنزل ، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمن المثل والمنزل بثمن أدنى ، ويكون ما كسبه في الأرض مساوياً أو أعلى مما خسره في المنزل ، فلا تقع مقاصة بين المكسب والخسارة ، ويكون الوكيل مسئولاً عما خسره في المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ما كسبه في الأرض . ذلك أن ما كسبه في الأرض هو خالص حق الموكل ، فإن الوكيل

(١) نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ١٨٨ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ١٤٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٣ - فقرة ٦٤٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ - وإذا ارتكب الوكيل خطأ وكان الموكل يستطيع تلافي الضرر فقصر في تلافيه ، فقد يستغرق خطأ الموكل خطأ الوكيل فلا يكون هذا مسئولاً (نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٥٩ - ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٣٢١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٠) ، وقد يكون هناك خطأ مشترك فتخف مسئولية الوكيل (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٤ - ١ - ٢٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ .

(٣) جرينويل ١٢ يولييه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٩٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٥ هامش ١ .

(٤) وإذا قصر الوكيل في استغلال مبلغ وكل في استغلاله ، كان مسئولاً عن الضرر ولوزاد على فوائد هذا المبلغ بالسعر القانوني (نقض فرنسي ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٣ - ٥ - ١٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٣) . أما إذا لم يفوض الوكيل في استغلال المبلغ ، فأبقاه دون استغلال ، فإنه لا يكون مسئولاً ، إلا إذا استعمله في صالح نفسه فيكون مسئولاً عن فوائده بالسعر القانوني كما سيأتي .

إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصاً للموكل (١) ، فلا يكون الموكل مديناً بهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسرته الوكيل في المنزل ، وتبقى الخسارة ديناً في ذمة الوكيل (٢) .

ومن صور التعويض أن يضيف الموكل الصفقة الخاسرة لحساب الوكيل ، فيترك له السلعة التي اشتراها بثمن أعلى أو من صنف أقل جودة ، أو التي تأخر في شرائها فقلت فائدتها للموكل (٣) . وإذا اشترى الوكيل السلعة بثمن أعلى من الثمن الذي عينه الموكل ، ولم يرد أن يستبقها لحسابه ، جاز له أن يلزم بها الموكل ولكن بالثمن الأدنى الذي عينه هذا الأخير (٤) .

٢٥٧ — التعديل المتفق لفواعل المسؤولية : ويمكن الاتفاق على تعديل القواعد سالفة الذكر ، فتشدد مسؤولية الوكيل أو تخف أو يعنى منها .
مثل تشديد مسؤولية الوكيل أن يشترط الموكل عليه ضمان الربح في الصفقة التي يعقدها ، فيكون الوكيل مسئولاً عن الخسارة حتى لو كان سببها قوة قاهرة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٢٤٤ — جيوار فقرة ١٠٨ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٦ — وانظر في هذا المعنى بوتيه في الوكالة فقرة ٥٢ — وانظر أيضاً المادة ١٨٥٠ مدني فيما يتعلق بالشريك — وانظر عكس ذلك وأن الوكيل يستنزل المكسب من الخسارة ترولون فقرة ٤٠٣ — بون ١ فقرة ٩٩٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٣ — أكم أمين الخولي فقرة ١٨٢ ص ٢٢٧ — والقضاء الفرنسي يسمح باستنزال المكسب من الخسارة إذا قام ارتباط بينهما ، بأن كان الوكيل لم يكن ليحصى المكسب لولا تحمله الخسارة (نقض فرنسي ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ سيرييه ٨٦ — ١ — ٣٠٣) ، أو انتظمت صفقة واحدة المكسب والخسارة فقدر الوكيل بعض الأشياء التي تشمل عليها الصفقة تقديراً عالياً وقدر الأشياء الأخرى تقديراً بخساً (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ سيرييه ٨٦ — ١ — ٣٠٣) . ولا يستنزل المكسب من الخسارة في الوكالة غير المأجورة ، مادامت الخسارة قد نجمت عن عدم بذل الوكيل العناية الواجبة وهي أقل العنايتين من عنايته الشخصية وعناية الشخص المعتاد — وانظر أيضاً في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٨ .

(٣) باريس ٢١ يولييه سنة ١٨٩٢ جازيت دي پاليه ٩٣ — ١ — ٦٧ — جيوار فقرة ٧٣ وفقرة ١١١ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٨ .

(٤) ترولون فقرة ٢٧ — جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ — وانظر عكس ذلك وأن الوكيل لا يستطيع إلزام الموكل بالسلعة ولو بالثمن الأدنى بون ١ فقرة ٩٨٢ .

ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الموكل على الوكيل أن يحمل هذا عبء الإثبات ، فلا يكون الموكل مكلفاً بإثبات خطأ الوكيل ، بل يكون الوكيل هو المكلف بنفي الخطأ . ومن أمثلة التشديد في مسئولية الوكيل أن يتعهد بإتمام الصفقة مع شخص معين فيكون مسئولاً لرفض هذا الشخص التعاقد ، وتكون الوكالة في هذه الحالة مقترنة بتعهد عن الغير (promesse pour autrui) (١)

ومثل تخفيف مسئولية الوكيل أن يشترط على الموكل ، إذا كانت الوكالة مأجورة ، ألا يكون مسئولاً إلا عن عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد عن عناية الشخص المعتاد . ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الوكيل على الموكل ألا يكون مسئولاً عن التعويض إلا في حدود مبلغ معين ، ولو زاد الضرر على هذا المبلغ . وإعفاء الوكيل من المسئولية يكون بأن يشترط على الموكل ألا يكون مسئولاً عن خطئه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوكالة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدي جائز . ولكن يبقى الوكيل ، بالرغم من هذا الشرط ، مسئولاً عن الغش والخطأ الجسيم (٢) ، إلا إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم واقعاً من أشخاص استخدمهم في تنفيذ الوكالة واشترط عدم مسئوليتهم عنهم (٣) .

(١) ويقابل التشديد في المسئولية غالباً زيادة في الأجر (ترو لون فقرة ٣٧٣ - بون ١ فقرة ٩٩٩ - جيوار فقرة ١١٠) - وانظر في تشديد المسئولية بتحميل الوكيل تبعة القوة القاهرة : نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيري ٧٧ - ١ - ٢٠٠ - ٢ يولييه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ١٩٥ - باريس ١١ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤١٥ - جيوار فقرة ١١٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ ص ٩١٥ . ويكون تشديداً لمسئولية الوكيل أن يكفل للموكل يسار الغير الذي يتعامل معه ، كما يفعل الوكيل بالعمولة عندما يكفل يسار المشتريين ، ويسمى في هذه الحالة وكيلاً مصداقاً (commissioinaire du croire) (كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٧ ص ٨٧٠) .

(٢) نقض فرنسي ٦ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٨٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٣٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ .

(٣) انظر م ٢/٢١٧ مدني - ويجوز للموكل ، بعد أن تتحقق مسئولية الوكيل ، أن ينزل عن دعوى المسئولية صراحة أو ضمناً (نقض فرنسي ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيري ١٩٠١ - ١ - ٣٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٣٤٥) . وإذا نهي الموكل الوكيل عن تصرف معين وباشره الوكيل مع ذلك ، ثم أخطر الموكل ، فإن سكوت هذا الأخير إذا لم تقترن به ظروف

§ ٣ - تعدد الوكلاء ونائب الوكيل

٢٤٨ - تعدد الوكلاء - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٧ من التقنين

المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها » .

« ٢ - وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥١٩/٦٣٥ (٢) .

= تدل على الموافقة لا يعد نزولاً ضمناً . أما إذا تلقى الموكل الحساب من الوكيل وسكت مدة طويلة دون أن يعترض ، جاز أن يعد سكوته موافقة ضمنية (بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم . على أن الوكلاء ، حتى لو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها » .

٢ - إذا عين الوكلاء في عقد واحد ، دون أن يصرح بانفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين » . وفي لجنة المراجعة حذفت من الفقرة الأولى عبارة « دبر فيما بينهم » الواردة بعد عبارة « نتيجة خطأ مشترك » ، ثم أقرت اللجنة النص تحت رقم ٧٣٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الثانية عبارة « إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه » ، وذكر أن « هذا التعديل يزيل لبساً عرض في العمل » ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٧٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٨ - ص ٢١١) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥١٩/٦٣٥ : إذا تعدد الوكلاء في عمل واحد بتوكيل واحد ،

ولم يصرح لأحدهم بانفراده في العمل ، فلا يجوز لهم العمل إلا معاً .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد . ولم يرد في التقنين المدني القديم نص على تضامن الوكلاء في المسئولية ، فكافت القواعد العامة هي التي تطبق ، وهي تقضى بالألا تضامن في الالتزامات العقدية دون اتفاق خاص : مصر الوطنية ٢١ أغسطس سنة ١٩٣٥ إجماعة ١٦ رقم ١٣٨ ص ٣٣٠ - ولا تسرى أحكام التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بتضامن الوكلاء إلا في عقود الوكالة التي أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م. ٦٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي ٧٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨١ و ٧٩١^(١).

٣٥٩ - اجتماع الوكلاء أو انفرد بهم بالعمل : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدني تميز بين فرضين : (أ) إذا عين كل الوكلاء في عقد واحد . (ب) إذا عينوا في عقود متفرقة .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٨ : ١ - إذا وكل شخص وكيلين بعقد واحد ، فليس لأحدهما أن ينصرف بالتصرف فيما وكل به ، إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأي كإيفاء الدين ورد الوديعة ، أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالحصومة ، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط انضمام الآخر في الحصومة لا حضوره . ٢ - فإن وكلهما بعقدين ، جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي لا يتضمن نصاً على تضامن الوكلاء فلا يقوم التضامن لأن التزامات الوكيل التزامات عقدية .)

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨١ : إذا عين عدة وكلاء لوكالة واحدة لأجل مسألة واحدة ، فلا يجوز أن يعملوا منفردين إلا بترخيص صريح في هذا الشأن . فلا يمكن مثلاً واحداً منهم أن يقوم بعمل إداري في غياب الآخر ، وإن كان من المستحيل على الغائب أن يعاونه في هذا العمل - على أن الحكم السابق لا يطبق في الحالتين الآتيتين : أولاً في الدفاع لدى القضاء ، أو رد الوديعة ، أو دفع دين محرر مستحق ، أو القيام بتدبير احتياطي في مصلحة الموكل ، أو بأمر آخر مستعجل يعود إهماله بالضرر على الموكل . ثانياً - في الوكالة المعقودة بين تجار على أشغال تجارية - ففي هاتين الحالتين يمكن أحد الوكلاء أن يعمل وحده عملاً صحيحاً ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٧٩١ : إذا وجد عدة وكلاء ، فلا يكون التضامن بينهم إلا إذا نص عليه . على أن تضامن الوكلاء يوجد حتماً : أولاً - عندما يكون الضرر الذي أصاب الموكل ناشئاً عن خطأ مشترك جرى عليه تواطؤ بينهم . ثانياً - عندما تكون الوكالة غير قابلة للتجزئة . ثالثاً - عندما تكون الوكالة منعقدة على أشغال تجارية بين تجار وليس ثمة نص مخالف - على أن الوكيل ، وإن كان متضامناً مع سائر الوكلاء ، لا يسأل في أي حال من الأحوال عما فعله أحدهم مما يخرج عن حيز الوكالة أو يتجاوز حدودها .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا بعض تفصيلات تتعلق بوجه خاص بالوكالة المعقودة بين تجار في أعمال تجارية في التقنين اللبناني ، فيصح فيها انفرد أحد الوكلاء بالعمل ويكون فيها الوكلاء متضامنين ، وفيما عدا أن الخطأ المشترك الذي يوجب تضامن الوكلاء في التقنين اللبناني يجب أن يكون قد جرى عليه تواطؤ بينهم) .

(١) فإذا عين كل الوكلاء في عقد واحد ، فقد اتخذ المشرع من ذلك قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين . فإذا وكلوا في بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو صلح أو إدارة عمل ، وجب ألا يباشروا التصرف الموكلين فيه إلا مجتمعين وبعد التداول فيما بينهم وموافقهم جميعاً على التصرف . ذلك أن الموكل قد أراد بجمعهم في عقد واحد أن يلزمهم بالتشاور في أمر الوكالة ، وبالتعاون في تنفيذها ، وبأن يكون كل منهم رقيباً على الآخرين . فإذا استقل أحدهم أو بعضهم بعقد الصفقة أو بإدارة العمل ، فقد اختل ما قصد إليه الموكل ، وضاع عليه رأى باقي الوكلاء الذين لم يشتركوا في تدبير أمر هو في حاجة إلى أن يساهموا فيه برأيهم ، كما إذا اقتضى تنفيذ الوكالة إيجاد مشتر بشروط مناسبة أو مناقشة شروط صلح لحسم نزاع معين أو اتخاذ خير التدابير لإدارة متجر الموكل أو مزرعته . فإذا باشر التصرف أحد الوكلاء أو بعضهم دون الباقي ، كان التصرف باطلاً لانعدام صفة من باشر التصرف ، إذ لا صفة إلا للوكلاء مجتمعين (١) . ويستوى في ذلك أن يكون الغير عالماً بتعدد الوكلاء أو غير عالم بذلك ، فقد كان عليه أن يتحري (٢) وبخاصة أن الوكلاء مذكورون جميعاً في عقد واحد ، وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة على الوجه الذي سنبينه . ومع ذلك يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالعمل إذا وافق عليه الباقيون فيما بعد ، ويعتبر التصرف صادراً منهم جميعاً من وقت موافقة الباقيين (٣) .

ويستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي ، فيجوز لأي من الوكلاء أن يباشره منفرداً ، لانتفاء الحكمة من وجوب

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ .

(٢) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩ - وانظر مايلي فقرة ٣٠٤ في الهامش .

(٣) محمد علي عرفه ص ٣٨١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين ، المشروط لهما في التصرف مجتمعين ، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه ، صريحة كانت الإجازة أو ضمنية . فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفاً ما صح تصرفه ، متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١١ ص ١٠٠٧) - وقارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢ .

اجتماعهم : مثل ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين ، أو وفاؤه ، أو الإبراء منه ، أو قبول هبة معينة ، أو رد الوديعة ، أو إيجار منزل معين بالشروط المألوفة وبالأجرة التي يسمح بها القانون^(١) . ففي هذه التصرفات وأمثالها ليس للوكيل من السلطة التقديرية إلا قدر محدود جداً لا ينفصح فيه مجال الرأي ، وليس عليه إلا أن يتثبت من صحة التعاقد ومطابته لتعليمات الموكل ، فليست هناك حاجة لاجتماع الوكلاء^(٢) . ويستثنى كذلك ما نصت عليه المادة ٨٥ من تقنين المرافعات في خصوص وكلاء الخصومة ومنهم المحامون من أنه « إذا تعدد الوكلاء ، جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ، ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص في التوكيل » . فتعكس القرينة القانونية في حالة تعدد وكلاء الخصومة ، ويكون المفروض جواز انفراد كل وكيل بالعمل ما لم ينص على وجوب اجتماع الوكلاء^(٣) .

ووجوب اجتماع الوكلاء المعيّنين في عقد واحد ليس من النظام العام ، والقرينة القانونية التي وضعها المشرع في هذا الشأن ليست قرينة قاطعة فيجوز إثبات عكسها . ومن ثم يجوز للموكل أن يرخص للوكلاء المعيّنين في عقد واحد ، صراحة أو ضمناً ، في الانفراد بالعمل . فإذا باشر التصرف أحدهم صح عمله ، وامتنع على الباقي أن يباشر نفس التصرف .

(ب) وإذا عين الوكلاء في عقود متفرقة ، فالقرينة تنعكس ويصبح

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعدد الوكلاء جاز انفرادهم إذا كان توكيلهم بعقود متعددة ، وإذا كان التوكيل بعقد واحد جاز الانفراد متى كان العمل الذي يباشره الوكيل عملاً يحتاج فيه إلى الرأي أو كان عمله في مصلحة الموكل (استئناف مصر أول أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٥ ص ٥٦٨) .

(٢) ويبين من ذلك أن الأعمال التي لا يحتاج فيها إلى تبادل الرأي ليست ضرورة من أعمال الإدارة ، فهي كما تتضمن أعمال إدارة كالإيجار بالشروط المألوفة ، تتضمن كذلك أعمال تصرف كوفاء الدين والإبراء منه (أكرم أمين الخولي فقرة ١٧٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين ، فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالطعن ، لأن قانون المرافعات قد خرج في الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التي قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدني ، فنص في المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل ، ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير في الدعوى بعد إقامتها (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٠ ص ٢٣٠) .

من المقروض أنه يجوز لأى وكيل منهم أن يتفرد بالعمل . على أن هذه القرينة العكسية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس ، ويجوز للموكل أن يشترط على الوكلاء الذين عينهم في عقود متفرقة أن يعملوا مجتمعين . فلا يجوز عندئذ لأحد من الوكلاء أن يتفرد بالعمل ، وإذا فعل كان تصرفه باطلاً لانعدام الصفة ، مع ملاحظة أن الغير الذى يتعامل مع الوكيل يكون معذوراً إذا اعتقد أن الوكيل له صفة في التعاقد مادام يرى أن وكالته وحده ثابتة في عقد مستقل ، ويغلب أن تنطبق في هذه الحالة قواعد الوكالة الظاهرة^(١) .

٢٦٠ — تضامن الوكلاء في المسؤولية : والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء ، فإنهم لا يكونون متضامنين لا في التزامهم نحو الموكل باعتبارهم مدينين ، ولا التزامات الموكل نحوهم باعتبارهم دائنين . ذلك أن التزامات الوكلاء ، والتزامات الموكل ناشئة كلها من العقد ، ولا تضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص في القانون .

ولم يرد أى نص في شأن التزامات الموكل نحو الوكلاء المتعديين ، فهوؤلاء إذن لا يكونون متضامنين كدائنين للموكل ، بل ينقسم عليهم دين الموكل نحوهم .

أما في شأن التزامات الوكلاء المتعديين نحو الموكل ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى كما رأينا على أنه « إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك » . ويؤخذ من ذلك أن الوكلاء في غير الحالتين المذكورتين في النص لا يكونون متضامنين في المسؤولية ، رجوعاً إلى الأصل^(٢) .

(١) وفي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تلخيص لما قدمناه في العبارات الآتية : « إذا تعدد الوكلاء في الأمر الواحد ، كان كل منهم مسئولاً عن التزاماته كوكيل . فيجب أن ينفذ الوكالة ، ولا يصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ماداموا قد عينوا في عقد واحد ولم ينص صراحة في العقد على انفرادهم . أما إذا عينوا في عقود متفرقة ، أو في عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم ، جاز أن يتفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣) .

(٢) أما في التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩٩٥) فالأصل — على خلاف القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (بيدان ١٢ فقرة ١٣١٣) — أن الوكلاء يكونون غير متضامنين تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية . ومع ذلك يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) إذا صدر منهم خطأ مشترك ، ويكونون مسئولين بالتضامن في المسائل التجارية أوعند وجود شرط =

أما في هاتين الحالتين فيكونون متضامنين في جميع التزاماتهم نحو الموكل ،
 لا فحسب في تنفيذ الوكالة بالعناية الواجبة ، بل أيضاً في تقديم الحساب للموكل
 وفي رد ما للموكل في أيديهم^(١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي :

والحالتان اللتان يكون فيهما الوكلاء متضامنين في التزاماتهم هما :

أولاً - إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام . وتقول المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى في هذه الحالة ما يأتى : « مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين
 في شراء منزل معين ، فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل
 إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ، ويجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين ، ويكونان
 مسئولين بالتضامن قبل الموكل في الالتزامات المتقدمة الذكر^(٢) . ومن ثم
 يكون الوكيلان مسئولين بالتضامن عن تنفيذ الوكالة في حدودها ، وعن تقديم
 حساب عنها للموكل ، وعن رد ما للموكل في أيديهما إليه . فلو أن الوكالة لم
 تكن في شراء منزل بل في بيعه وفي قبض ثمنه ، وهذه أيضاً وكالة غير قابلة
 للانقسام ، فباع المنزل الوكيلان معاً وسلم المشتري الثمن لأحدهما ، كان الوكيلان
 مسئولين معاً بالتضامن عن تسليم الثمن للموكل . وإذا كان الوكيل الذى تسلم
 الثمن قد قبل أن يؤجل جزءاً منه ، وقد جاوز في ذلك حدود الوكالة لأن
 الموكل قد اشترط أن يكون الثمن كله معجلاً ، فإن التأجيل لا ينفذ في حق
 الموكل لمجاوزته حدود الوكالة ، ويلزم المشتري بتعجيل ما أجل من الثمن ،
 ثم يرجع على الوكيل الذى قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على الوكيل
 الآخر ودون أن يكون هذا الوكيل الآخر متضامناً مع الوكيل الأول .
 ولو كان هذا الوكيل الأول لم يجاوز حدود الوكالة ولكن تعسف في تنفيذها ،
 بأن كان الموكل لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى في ذلك
 مصلحة المشتري دون مصلحة الموكل لمصلحة تربطه بالمشتري ، فإن التأجيل
 يسرى في حق الموكل لعدم مجاوزته حدود الوكالة ، ولكن الموكل يرجع على

= بذلك (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٨ والمراجع المشار إليها-بودرى وقال في الوكالة
 فقرة ٦٥١ وما بعدها - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠) .

(١) ويشترط يداة أن تثبت وكالة كل من الوكلاء المتعدين حتى يكونوا متضامنين ،
 فإذا لم تثبت وكالة أحدهم لم يكن مسئولاً ، ومن باب أولى لم يكن متضامناً مع الوكلاء الآخرين
 (انظر في هذا المعنى نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٦ ص ٣١٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ .

الوكيل بالتعويض لتعسفه في تنفيذ الوكالة ، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامناً معه . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدني فيما رأينا : « على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما إذا انفرد أحدهم بمجاوزة حدود الوكالة أو بالتعسف في تنفيذها ، كأن خالف شروط البيع التي اشترطها الموكل ، أو التزمها ولكن تعمد إساءة العمل بها ، ففي حالة المجاوزة لحدود الوكالة يكون مسئولاً وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الغير الذي تعامل معه ، إذا كان الموكل قد رفض إقرار عمل الوكيل (انظر م ٩٩١ من المشروع) . وفي حالة التعسف في تنفيذ الوكالة يكون مسئولاً أيضاً وحده ، لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الموكل عن التعويض »^(١) .

ثانياً — إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام ولكن الضرر الذي أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعاً . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه الحالة ما يأتي : « أما إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة ، فإن كل وكيل يكون مسئولاً وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته ، سواء في ذلك عمل منفرداً بأن اختص في إدارة المزرعة بأعمال معينة ، أو عمل مع الوكلاء مجتمعين . ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء في هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل ، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية »^(٢) . فلو أن وكيلين ، يديران مزرعة بالوكالة عن صاحبها ، يعملان مجتمعين ، فارتكبا معاً خطأ في تنفيذ الوكالة ، كأن اشتريا سباً أو بذاراً غير صالح ولم يبذلا العناية الواجبة في انتائهما ، فإنهما يكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل . ويلاحظ هنا فيما يتعلق بما ورد في المذكرة الإيضاحية أمران : الأمر الأول أن المذكرة تقول : « سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية » ، ولا وجه لاعتبار المسؤولية هنا تقصيرية ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٤ .

فهى ليست إلا مسئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة . والأمر الثانى أن المذكورة الإيضاحية تقول : « ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم » ، ويفهم من ذلك أن الخطأ المشترك يجب أن يكون مدبراً فيما بين الوكلاء . وقد كان هذا صحيحاً فى المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٠٧ مدنى ، فقد كان يقول : « أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم » ، ولكن عبارة « دبر فيما بينهم » حذفت ، فى لجنة المراجعة^(١) . وبعد هذا الحذف أصبح غير ضرورى أن يكون الخطأ المشترك مدبراً فيما بين الوكلاء ، ويكفى أن يكون هناك مجرد تقصير منهم دون أن تكون هناك حاجة لأن يتعمدوا الخطأ ويدبروه فيما بينهم^(٢) .

« وفى غير هاتين الحالتين - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) - لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم إلا إذا اشترط التضامن . فلا يكون الوكلاء متضامنين بغير شرط إذا انفرد أحدهم بتنفيذ الوكالة^(٤) ، سواء كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو قابلة له ، أو اشترك مع الباقى فى تنفيذها ولكنه انفرد وحده بخطأ لم يشترك معه فيه سائر الوكلاء^(٥) ..

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠ - وانظر آنفاً فقرة ٣٥٧

فى الهامش .

(٢) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص ٢٢٧ وهامش ٣ - وقارن محمد على عرفة ص ٣٨٢ - وإذا كان الوكيلان متضامنين فى المسئولية عن خطأ أحدهما وهو وكيل مأجور ، لم يمنع التضامن ، إذا كان الوكيل الآخر غير مأجور ، أن يكون خطأ الوكيل الأول وهو مأجور لا يعتبر خطأً بالنسبة إلى الوكيل الآخر نظراً لأنه غير مأجور . فإذا دفع الوكيل غير المأجور للموكل كل التعويض أو بعضه ، رجع بكل ما دفعه على الوكيل المأجور (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص ٢٢٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا عهد بجملة وكلاء إدارة أعيان ، فأجر أحدهم عيناً منها ولم يسلمها ، جاز للمستأجر مقاضاة الوكيل الذى تعاقد معه دون الباقين ومطالبته بالتعويض (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥١ ص ١١٧) ..

(٥) كأن كان من الواجب أن يعمل الوكلاء مجتمعين ، وتخلف أحدهم دون عذر مقبول ، وترتب على ذلك عدم إمكان تنفيذ الوكالة ، فإن الوكيل المتخلف يكون وحده هو المسئول (جيوار فقرة ١١٨ - بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٦٥٣ - أويرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٠ - محمد على عرفة ص ٣٨٢) . أما إذا انفرد أحد الوكلاء بالخطأ ولكن التضامن كان مشروطاً بينهم ، فإن الجميع يكونون مسئولين بالتضامن عن هذا الخطأ ، حتى لو قسم الوكلاء العمل فيما بينهم =

٢٦١ — نائب الوكيل — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية . »
 « ٢ — أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه ، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات . »

« ٣ — ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر^(١) . »

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٣٦/٥٢٠^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٧٤ — وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٨ — وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٩ —

— واختص كل منهم بأمر معين (محمد علي عرفة ص ٣٨٣ — أكثم أمين الخولي فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) ، ويكون لسائر الوكلاء حق الرجوع على الوكيل الذي صدر منه الخطأ (أكثم أمين الخولي فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١١ — ص ٢١٥) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٣٦/٥٢٠ : يجب أن يكون الإذن للوكيل بإقامة غيره عنه صريحاً في سند التوكيل . ويكون الوكيل مسئولاً عن النائب الذي لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً أو غير أهل أو مشهوراً بالإهمال . وفي جميع الأحوال نائب الوكيل مسئول مباشرة عند الموكل .

(وتختلف أحكام التقنين المدني القديم عن أحكام التقنين المدني الجديد في مسألتين : (١) في التقنين المدني القديم لا يجوز للوكيل إقامة نائب عنه إلا بترخيص من الموكل ، أما في التقنين المدني الجديد فيجوز للوكيل إقامة نائب عنه ما لم يمنعه الموكل من ذلك . (٢) في التقنين المدني القديم للموكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل ولكن نائب الوكيل ليست له دعوى مباشرة قبل الموكل ، أما في التقنين المدني الجديد فلكل من الاثنين دعوى مباشرة قبل الآخر — وتسرى أحكام التقنين المدني الجديد على عقود الوكالة التي تبرم منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٢ - ٧٨٤ و م ٨١٧^(١) .
ويخلص من هذا النص أن الوكالة قد يقوم بتنفيذها ، لا الوكيل نفسه ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٦٧٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٩ : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذنه الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته .

(والتقنين العراقى ، خلافاً للتقنين المصرى ، لا يجيز للوكيل أن يقيم نائباً عنه إلا بإذن الموكل . ولكنه ، متفقاً فى ذلك مع التقنين المصرى ، يقيم علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل ، بل يذهب إلى أبعد من ذلك فيجعل نائب الوكيل وكيلا عن الموكل مباشرة . ولا يتضمن التقنين العراقى نصاً فى مسئولية الوكيل عن نائبه كالنص الوارد فى التقنين المصرى ، فتسرى القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٢ : لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه شخصاً آخر فى تنفيذ الوكالة إلا فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان الموكل قد خوله هذا الحق صراحة . ثانياً - إذا كان تخويله هذا الحق ناجماً عن ماهية العمل أو عن الظروف . ثالثاً - إذا كانت الوكالة عامة مطلقة . م ٧٨٣ : الوكيل الذى لا يملك التوكيل يكون مسئولاً عن ينيبه منابه كما يسأل عن أعمال نفسه . وإذا كان التوكيل مباحاً له ، فلا يكون مسئولاً إلا إذا اختار شخصاً لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة ، أو إذا كان ، مع إحسان الاختيار ، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سبباً فى الضرر ، أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتضيه الضرورة . م ٧٨٤ : فى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأسمى أو وفاته يؤدى إلى عزل من وكله ، فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولاً - متى كان وكيل الوكيل معيناً بترخيص من الموكل . ثانياً - متى كان الوكيل الأسمى ذا سلطة مطلقة فى التصرف أو كان له الحق فى التوكيل .

(وأحكام التقنين اللبناني تختلف عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : (١) فى التقنين اللبناني لا يجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً إلا بإذن الوكيل أو إذا كانت الوكالة عامة مطلقة ، أما فى التقنين المصرى فيجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً ما لم يمنعه الموكل من ذلك . (٢) فى التقنين اللبناني يكون الوكيل مسئولاً عن نائبه مسئولته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب ، فإن رخص له الموكل فى إقامة نائب عنه لم يكن مسئولاً عن النائب إلا فى أحوال معينة . أما فى التقنين المصرى فيكون الوكيل مسئولاً عن نائبه مسئولته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب أو كان غير ممنوع ولكن الموكل لم يرخص له صراحة فى ذلك ، فإذا رخص له لم يكن مسئولاً إلا فى أحوال معينة . (٣) فى التقنين اللبناني ليس لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، وله هذه الدعوى فى التقنين المصرى) .

بل شخص آخر ينيبه عنه الوكيل^(١) . وعندئذ تثار مسألتان نبحثهما على التعاقب : (١) علاقة الموكل بنائب الوكيل . (٢) مسئولية الوكيل عن نائبه .

٢٦٢ - علاقة الموكل بنائب الوكيل : يفهم من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدني سالفه الذكر أن الوكيل إذا أناب عنه غيره دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كانت إنابته صحيحة ولكن يكون مسئولاً عن عمل النائب مسئوليته عن عمله الشخصي ويكون متضامناً معه في المسئولية . فيستخلص من ذلك أن للوكيل أن ينيب عنه غيره دون حاجة إلى ترخيص من الموكل ، ومن باب أولى يكون له ذلك إذا رخص فيه الموكل^(٢) . فالوكيل إذن أن ينيب عنه غيره ، ما لم يمنعه الموكل من ذلك^(٣) . فإذا منعه ، وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره ، فإن الإنابة تكون باطلة . ومن ثم لا تكون لنائب الوكيل صفة في مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة ، ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة^(٤) ، وذلك ما لم يقر الموكل الإنابة بعد وقوعها فيكون لها عندئذ حكم الإنابة التي وقعت بترخيص من الموكل .

(١) وقد قلنا أنه يجب التمييز بين التوكيل على بياض حيث يوكل الموكل من دفع له التوكيل على بياض في اختيار وكيل أصلي لا نائب وكيل ، وبين الإنابة في التوكيل حيث يوكل الموكل وكيلاً أصلياً ثم يوكل الوكيل الأصلي نائباً عنه هو لا نائباً عن الموكل كما يفعل في التوكيل على بياض (انظر آنفاً فقرة ٢٢٢) .

(٢) نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٧٠ ص ٤٧٢ - وقد يكون الترخيص في الإنابة ضمناً ، فتوكيل غير المحامي في رفع دعوى يتضمن ترخيصاً له في إقامة محام ، وتوكيل غير السمسار في شراء أوراق مالية من البورصة يتضمن ترخيصاً له في إنابة أحد السماسرة (بون ١ فقرة ١٠٢٢ - جيوار فقرة ١٢٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٦ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٠ هامش ١٤ (٢) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٩ - أكم أمين الخولي فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) أكم أمين الخولي فقرة ١٧١ - وتنص المادة ٨٦ مرافعات على أنه « يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة في التوكيل » . وكذلك تنص المادة ٣٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « للمحامي ، سواء أكان خصماً أصلياً أم وكيلاً في دعوى ، أن ينيب عنه في الحضور أو في المرافعة أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ، ما لم يكن في التوكيل ما يمنع من ذلك » .

(٤) وقد يكون المنع من الإنابة ضمناً ، ويستخلص هذا المنع الضمني إذا كان الموكل قد نظر في الوكيل إلى اعتبار يندر أن يتوافر في غيره (كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٨) .

ونفرض الآن أن الوكيل أناب عنه غيره إنابة صحيحة ، إما لأن الموكل رخص له في ذلك أو لم يمنعه منه ، وإما لأن الموكل أقر الإنابة بعد منعها . فعند ذلك تقوم علاقات مختلفة : علاقة بين الوكيل ونائبه ، وعلاقة بين الوكيل والموكل ، وعلاقة بين الموكل ونائب الوكيل .

فالعلاقة بين الوكيل ونائبه يحكمها عقد الإنابة الذي بموجبه أناب الوكيل نائبه ، وهو عقد وكالة من الباطن أصبح بموجبه نائب الوكيل وكيلًا عن الوكيل . وقد يوكل الوكيل نائبه في كل ما هو موكل فيه ، فيطابق مدى سعة عقد الإنابة مدى سعة عقد الوكالة الأصلية ، وقد يوكله في بعض ما هو موكل فيه . وفي الحالتين يكون نائب الوكيل ملتزماً نحو الوكيل بجميع ما يلتزم به الوكيل نحو موكله في حدود عقد الإنابة : تنفيذ الوكالة بالقدر الذي اتسعت له الإنابة مع بذل العناية الواجبة في تنفيذها بحسب ما تكون الإنابة مأجورة أو غير مأجورة ، وتقديم النائب حساباً للوكيل عن أعمال الإنابة ، ورد النائب ما بيده متعلقاً بهذه الأعمال إلى الوكيل^(١) . ويكون الوكيل ملتزماً نحو النائب بجميع ما يلتزم به الموكل نحو وكيله في حدود عقد الإنابة : دفع الأجر إذا كانت الإنابة مأجورة ، ورد المصروفات التي أنفقت في تنفيذ النيابة ، وتعويض النائب عما قد يلحقه من ضرر بسبب تنفيذ الإنابة^(٢) .

أما العلاقة بين الوكيل والموكل فتبقى محكومة بعقد الوكالة الأصلي ، ويكون الوكيل ملتزماً نحو الموكل بجميع الالتزامات التي تترتب في ذمة الوكيل

(١) جيوار فقرة ١٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٧٨ - ويبقى نائب الوكيل مقيداً بتعليمات الوكيل مادامت هذه التعليمات لا تتعارض مع تعليمات الموكل ، ويجوز للوكيل أن يعزل نائبه (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٩٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) . وإذا عزل الوكيل نائبه أو تنحى هذا عن النيابة ، فإن الوكالة الأصلية تبقى قائمة . أما إذا عزل الموكل الوكيل الأصلي أو تنحى هذا عن الوكالة ، فإن الإنابة تنتهي بانتهاء الوكالة الأصلية (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٩٠) . وإذا مات الموكل انتهت الوكالة الأصلية ، وانتهت تبعاً لها الإنابة (انظر م ٨١٨ لبناني) ، أما إذا مات الوكيل الأصلي فانتهت بموته الوكالة الأصلية ، فإن رأياً يذهب إلى أن الإنابة تبقى بالرغم من انتهاء الوكالة الأصلية للعلاقة المباشرة القائمة بين الموكل ونائب الوكيل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٩١) . قارن م ٩٢٩ مدني عراق م ٨١٧ لبناني آنفاً فقرة ٢٦٠ في الهامش .

(٢) (٢) يون ١ فقرة ١٠٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٧٩ - أوبري ورو وإسمان

بموجب عقد الوكالة ، كما يكون الموكل ملتزماً نحو الوكيل بجميع الالتزامات التي تترتب في ذمة الموكل بموجب نفس العقد .

وتبقى العلاقة بين الموكل ونائب الوكيل . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة ألا تكون هناك علاقة مباشرة بينهما ، ولا يملك الموكل أن يرجع على نائب الوكيل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها باسم الوكيل ، وكذلك لا يملك نائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها هو أيضاً باسم الوكيل . ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٧ مدني تقول كما رأينا : « ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » . والحالتان السابقتان المشار إليهما هما حالة ما إذا أناب الوكيل غيره دون ترخيص من الموكل وحالة ما إذا أناب الغير بترخيص ، ويلحق بهما حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها . ففي جميع هذه الأحوال يجوز للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الإنابة^(١) ، ولا شأن

(١) ويترتب على ذلك أن نائب الوكيل يكون مسئولاً قبل الموكل مباشرة عن أي خطأ يرتكبه في تنفيذ الوكالة (جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨) ، ولا يجوز لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بمقاصة تقع بين التزاماته وبين ما له من حقوق قبل الوكيل الأصلي (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيرييه ٥٩ - ١ - ٢٩٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٧٥ سيرييه ٧٥ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٦٨٣ - جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٦) . ولا يشارك دائنو الوكيل الموكل في رجوع هذا مباشرة على نائب الوكيل (روان ١٣ أبريل سنة ١٨٧٠ سيرييه ٧١ - ٢ - ١٧ - جيوار فقرة ١٢٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٦ هامش ٦) . ولا يحتج نائب الوكيل على الموكل بحكم صادر على الوكيل حائز لقوة الأمر المقضي (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٦٨٣) . كما لا يحتج عليه بتصديق الوكيل على الحساب المقدم عن الإنابة (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد فوض للوكيل أن يصدق على الحساب نهائياً ، فيحتج نائب الوكيل بهذا التصديق على الموكل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى كذلك ما إذا جهل نائب الوكيل صفة الوكيل واعتقد أنه أصيل لا وكيل ، فيجوز في هذه الحالة لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بتصديق الوكيل على الحساب وبجميع الدفوع الأخرى التي يستطيع أن يواجه بها الوكيل (نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ دالوز =

لنائب الوكيل بعقد الوكالة الأصلي^(١) . وكذلك يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلي^(٢) ، ولكن في حدود التزامات الوكيل الأصلي نحو نائب الوكيل بموجب عقد الإنابة^(٣) .

= ٧٤ - ١ - ٣٨٩ - باريس ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٧٨١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ وفقرة ٥٨٢ وفقرة ٥٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧ .

ويخلص من ذلك أن نائب الوكيل ، إذا كان يعلم أن موكله ليس إلا وكيلا عن موكل آخر ، لا يجوز له أن يقدم الحساب إلا للموكل ، فإذا قدمه للوكيل لم يكن هذا حجة على الموكل كما قدمنا (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠) ..

(١) ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ٢ - ٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠ - ولكن إذا كان نائب الوكيل يجهل الإنابة ويعتقد بحسن نية أن الوكيل هو أصيل وكله عنه في عمل يخصه شخصياً ، فإن الموكل لا يرجع مباشرة على نائب الوكيل (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩ - ١ - ٢٩٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٨٩ - بيدان ١٢ فقرة ٣١١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢١٧) ..

(٢) وفي فرنسا لا يوجد نص يعطى لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، فلا يرجع إلا بالدعوى غير المباشرة باسم الوكيل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ولكن يذهب كثير من الفقهاء إلى إعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل لتقابل دعوى الموكل قبل نائب الوكيل (جيوار فقرة ١٢٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٨٧ ص ٣١٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٢) . ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أن العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل لا تتضمن « حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير ، وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل ، لا مجرد دعوى مباشرة . لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة ، بل هي نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر . لا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلا عن الموكل . . » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٥ ص ٢٣٢) . ومقتضى هذا رأى أن الوكيل يختفى فلا يكون له علاقة بنائبه فيما أنابه فيه ، وفي هذا إغفال لعقد الإنابة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات في العلاقة ما بين الوكيل ونائبه .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره . في تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك ، وهذا بخلاف التفتين الحالى (القديم) م ٦٣٦/٥٢٠ حيث يشترط في جواز الإنابة الترخيص الصريح . فإذا أناب عنه غيره ، كان النائب مسئولاً عن جميع الالتزامات التي تقع على الوكيل ، لا قبل الوكيل وحده ، بل قبله وقبل الموكل ، وبطريق مباشر . فينتطيع الموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على النائب ، كما يرجع النائب =

٣٦٣ - مسؤولية الوكيل عن نائبه : الأصل أن الوكيل مسئول عن نائبه تجاه الموكل . ومسئوليته في ذلك هي مسؤولية عقدية عن الغير وقد توافرت شروطها . فهناك عقد الوكالة الأصلي الوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة ، وقد استخدم الوكيل في تنفيذ هذا الالتزام العقدى نائبه إذ كلفه بموجب عقد الإنابة بتنفيذ الالتزام . فالمسئول هو الوكيل ، والمضروب هو الموكل ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الوكالة الأصلي . والغير هو نائب الوكيل ، وقد كلف اتفاقاً بتنفيذ التزام الوكيل العقدى^(١) . فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة تحققت مسئوليته العقدية تجاه الوكيل ، وتحققت مسؤولية الوكيل العقدية عن نائبه تجاه الموكل ، وأمكن أيضاً للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل كما قدمنا . فيكون للموكل ، إذا ارتكب نائب الوكيل خطأ ، مدينان : الوكيل بموجب المسؤولية العقدية عن الغير ، ونائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة . والأصل أن الوكيل ونائبه لا يكونان مسئولين تجاه الموكل بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة الحل ، وإنما يكونان مسئولين بالتضام (in solidum)^(٢) .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة في مسؤولية الوكيل عن نائبه . ولكن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٠٨ مدنى حورتا في هذه القواعد ، فقد ميزت هذه النصوص بين حالتين :

الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن مرخصاً للوكيل في إنابة غيره : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ مدنى في هذا الصدد : « إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه

= على الموكل بالدعوى المباشرة كذلك . ولم ينص التقنين الحالى (القديم) م ٣٦٧/٢٥٠ على الرجوع المباشر للنائب على الموكل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤) .

وإذا استعان الوكيل في عمله بشخص آخر دون أن يوكله ، كما إذا استعان بمحام لفحص مستندات ، فإن هذا الشخص الآخر لا يكون نائب وكيل ، ولا يستطيع الموكل أن يرجع عليه مباشرة (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٥) .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٣١ - فقرة ٤٣٢ .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ - فقرة ١٧٧ .

في هذه الحالة متضامين في المسؤولية . ويتبين من هذا النص أن قواعد المسؤولية العقدية عن الغير قد طبقت في الحالة الأولى التي نحن بصدددها ، وذلك باستثناء واحد هو أن الوكيل ونائبه يكونان مسئولين تجاه الموكل ، لا بالتضامن كما هو مقتضى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الغير ، بل بالتضامن كما يقضى صريح النص . ويعتبر الخطأ الصادر من نائب الوكيل كأنه صادر من الوكيل نفسه^(١) ، ويكون هذا مسئولاً عنه بمعيار المسؤولية الذي ينطبق عليه هو لاعميار المسؤولية الذي ينطبق على نائب الوكيل . فإذا كان الوكيل مأجوراً ونائب الوكيل غير مأجور ، وبذل نائب الوكيل في تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد ، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور ، وكان الوكيل مسئولاً إذ العناية المطلوبة منه هي عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور . أما إذا كان الوكيل غير مأجور ، وكان نائبه مأجوراً ، لم يكن الوكيل مسئولاً تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور ، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولاً تجاه الوكيل لأنه مأجور ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولاً تجاه الموكل لأن العناية التي بذلت هي العناية الواجبة على الوكيل^(٢) . ومع ذلك يرجع الموكل على نائب الوكيل بالدعوى المباشرة مادامت مسؤولية نائب الوكيل تجاه الوكيل قد تحققت ، إذ نزل الأول وهو مأجور عن عناية الشخص المعتاد^(٣) .

الحالة الثانية — حالة ما إذا كان مرخصاً للوكيل في إنابة غيره : تقول

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى أكرم أمين الخولي فقرة ١٨٤ ص ٢٣٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « بقي تحديد مسؤولية الوكيل عن نائبه . وهنا يجب التفريق بين ما إذا كانت الإنابة لم ينص عليها أو كان مرخصاً فيها . ففي الحالة الأولى يكون الوكيل مسئولاً عن خطأ نائبه مسؤولية المتبوع عن التابع (أقرأ مسؤولية عقدية عن الغير) . فإذا ارتكب النائب خطأ ، جاز للموكل أن يرجع بالتعويض على أي من الوكيل أو نائبه بدعوى مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤) .

ولا يكون نائب الوكيل مسئولاً عن القوة القاهرة ، وكذلك لا يكون الوكيل (بودرى موغال في الوكالة فقرة ٥٧٠) .

الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني في هذا الصدد : « أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه ، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات » .
 فيز هذا النص بين فرضين : الترخيص للوكيل في الإنابة دون تعيين شخص النائب ، والترخيص له في إنابة شخص بعينه . ففي الفرض الأول أعفى النص الوكيل من المسؤولية العقدية عن عمل النائب ، ولم يجعله مسئولاً إلا عن خطأه الشخصي إما في اختيار النائب وإما في توجيهه وفيما أصدره له من تعليمات .
 فإذا أخطأ الوكيل في اختيار النائب ، كأن اختاره معسراً أو مشهوراً بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفاء للمهمة الموكولة إليه ، سواء وجد ذلك وقت الاختيار أو جدد بعد ذلك لأن الوكيل ملتزم بمراقبة نائبه^(١) ، كان هناك خطأ شخصي من الوكيل وكان مسئولاً عنه تجاه الموكل بموجب عقد الوكالة الأصلي^(٢) . وكذلك الحكم لو أن الوكيل وجه نائبه توجيهاً خاطئاً وأصدر له تعليمات لا تتفق مع الواجب في تنفيذ الوكالة^(٣) ، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن خطأه الشخصي تجاه الموكل^(٤) . ولا يكون هناك تضامن بين الوكيل ونائبه ، لأن مسؤولية الوكيل قائمة على خطأه الشخصي لا على المسؤولية العقدية عن الغير^(٥) . فإذا أحسن الوكيل اختيار نائبه ولم يصدر له تعليمات خاطئة ، وارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة ، كان نائب الوكيل وحده هو المسئول تجاه الوكيل بموجب عقد الإنابة ، وكان مسئولاً أيضاً تجاه الموكل بموجب الدعوى المباشرة ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولاً عن نائبه تجاه الموكل مسؤولية عقدية

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٥ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢١ - محمد علي عرفة ص ٣٨٧ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٥ .

(٣) أو أصدر له تعليمات ناقصة ، أو لم يصدر تعليمات حيث كان ينبغي أن يصدرها

(جيوار فقرة ١٢٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٤) .

(٤) ومع ذلك فقد قضى بأنه وإن كان نص المادة ٥٢٠ مدني (قديم) يجعل الوكيل مسئولاً عن النائب الذي لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً ، فإن طبيعة بعض الالتزامات قد لا تسمح باختيار شخص ملء ، وتكون الإنابة في هذه الحالة محصورة في فئة يفترض فيها عدم اليسار ، ومن ثم فإنه لا مسؤولية على الوكيل في مثل هذه الأحوال إذا كان النائب معسراً (ميت عمر ٢٦ مايو

سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٤١ ص ٤٠٩) .

(٥) أكرم أمين الخولي فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

عن الغير فقد أعفاه نص القانون من هذه المسؤولية مادام مرخصاً له في إنابة غيره (١). . بقي الفرض الثاني ، وفيه يكون الوكيل مرخصاً له في إنابة شخص بعينه . ولم تعرض الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني مباشرة لهذا الفرض (٢)، ولكن المفهوم من النص أن الوكيل لا يكون مسئولاً عن اختيار نائبه ، إذ أن الموكل قد وافق على هذا الاختيار ورخص فيه . ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولاً في الفرض الثاني إلا عن خطأه الشخصي فيما أصدر له من تعليمات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأكيداً لهذا المعنى : « أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات » (٣).

ولم يعرض نص القانون لحالة ثالثة ، هي حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعاً عن إنابة غيره . ولا صعوبة فيما إذا أناب الوكيل غيره بالرغم من هذا المنع ولم يقر الموكل الإنابة . ففي هذا الفرض لا يكون للنائب صفة في التعاقد مع الغير ، ومن ثم لا يسرى هذا التعاقد في حق الموكل ، فلا يكون هناك مجال لمسئولية الوكيل عن نائبه (٣). أما إذا أقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وفي الحالة الثانية ، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائباً ، فإن لم يعين له شخص النائب ، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن خطأه في اختيار نائبه أو خطأه فيما أصدر له من التعليمات . فإن كان لم يقصر في حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ في التعليمات التي أصدرها له ، فلا يكون مسئولاً عن خطأه ، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤ - ويصح القول بأن الوكيل يكون مسئولاً أيضاً عن النائب إذا أهمل في رقابته وفي توجيهه ، فإن هذا الإهمال يعد خطأ شخصياً في جانب الوكيل فيكون مسئولاً عنه (محمد علي عرفة ص ٣٨٨ - أكرم أمين الخولي . فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) انظر في هذا المعنى أكرم أمين الخولي فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ - على أن هناك ظروفاً يمكن أن يصيب فيها الموكل ضرر بفعل نائب الوكيل . مثل ذلك أن يقدم الموكل مبلغاً للوكيل لصرفه في شؤون الوكالة ويمنعه من إنابة غيره ، فيخالف الوكيل هذا المنع وينيب عنه غيره ويسلمه المبلغ الذي تسلمه من الموكل ، فيبدده نائب الوكيل أو يضيعه بتقصيره . ففي هذا الفرض يكون الوكيل مسئولاً دون شك ، وتقوم مسؤوليته على خطأه الشخصي في إنابته غيره وهو ممنوع من ذلك . ويبقى هذا الخطأ الشخصي قائماً فيبقى الوكيل مسئولاً ، حتى لو ضاع المبلغ من نائب الوكيل بقوة قاهرة (جيوار فقرة ١٢٥) ، ما لم يثبت أن المبلغ كان يضيع حتى لو بقي في يد الوكيل (بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٧٧ - محمد علي عرفة ص ٣٨٥) .

فالظاهر أنه يكون في حكم من رخص للوكيل في إنابة شخص بعينه إذ أنه لم يقر الإنابة إلا بعد أن عرف شخص النائب ، وتسرى الأحكام التي قررناها فيما إذا كان الوكيل مرخصاً له في إنابة شخص بعينه .

المطلب الثاني

تقديم حساب عن الوكالة

٢٦٤ — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٥ من التقنين المدني على ما يأتي : « على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٥/٦٤٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٧١ — وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٥ — وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٦ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٨ — ١/٧٨٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — على الوكيل في كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها بعد انقضاءها . ٢ — وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية « لعدم ضرورتها » ، وعدلت الفقرة الأولى تعديلاً لفظياً ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٥) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٢٥/٦٤٥ : وعليه تقديم حساب إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها على ذمة موكله .

(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٨ : يلزم الوكيل على أثر إتمامه الوكالة أن يبادر =

ويخلص من هذا النص أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل في أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التي يقف منها على سير التنفيذ ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء تنفيذ الوكالة حساباً عن ذلك . فنبحث مسائل ثلاثاً : (١) موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية . (٢) كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها : (٣) الأحوال التي يعنى الوكيل فيها من تقديم الحساب .

٢٦٤ — موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية : لما كان تنفيذ الوكالة قد يستغرق وقتاً غير قصير ، لذلك يجب على الوكيل ألا يقطع صلته بالموكل في أثناء تنفيذ الوكالة ، وأن يطلع ، من تلقاء نفسه أو إذا طلب منه الموكل ذلك ، على الخطوات الهامة التي يتخذها لتنفيذ الوكالة .

فإذا كان يدير مزرعة للموكل مثلاً ، وجب عليه أن يخطر بالمساحات التي يؤجرها للغير ومقدار الأجرة وأهم شروط الإيجار ، وبالمساحات التي يزرعها على الذمة وبما يشتري من بذور وسماذ وآلات زراعية ونحو ذلك . فيقف الموكل بذلك على سير الإدارة ، ويستطيع توجيه الوكيل إذا رأى ضرورة للتوجيه . وإذا كان موكلاً في بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو قرض أو اقتراض ، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التي يقطعها في سبيل إنجاز الصفقة ، حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، كأن يشتري بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه . وإذا كان موكلاً في صلح ، وجب عليه أن يطلع الموكل على سير المفاوضات في الصلح ، حتى يستطيع هذا أن يدرك ما يعتزم الوكيل توضيحته لإتمام الصلح ، فقد يرى أنها توضيح كبيرة لا يرضاه فيمنعه من المضي في الصلح على هذه الشروط . وإذا قبض الوكيل مبالغ لحساب الموكل ، وجب عليه أن يخطر بما قبض ، فعمل الموكل يرى أن تستغل هذه

= إلى إعلام الموكل على وجه يمكنه من الوقوف التام على كيفية إتمامها . وإذا تأخر الموكل عن الجواب بعد استلام البلاغ أكثر مما تقتضيه ماهية العمل أو العادة المرعية ، عد موافقاً على ما أجراه الوكيل حتى لو كان متجاوزاً حدود سلطته . م ١/٧٨٩ : يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه في كل وقت ، بياناً عن إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة يأتى وجه من الوجوه .

(أحكام للتقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

المبالغ في وجوه يعينها . وإذا قبض الوكيل ديناً للموكل ، وجب عليه إخطاره .
بذلك ، حتى لا يتخذ الوكيل إجراءات ضد مدينه بعد أن يكون هذا قد وفى .
بالدين (١) . وإذا واجه الوكيل صعوبات في تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن .
يخطر الموكل بها ليتلقى منه تعليمات بشأنها (٢) .

٢٦٦ — كيفية تقديم الحساب عن الوطاة بعد تنفيذها : فإذا ما أتم
الوكيل تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن يقدم حساباً عنها للموكل . ويجب أن
يكون حساباً مفصلاً ، شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومدعماً بالمستندات ، حتى
يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل (٣) . وإذا تعدد
الوكلاء قدموا حساباً واحداً ، إلا إذا كانت أعمال الوكالة مجزأة عليهم فكل
وكيل يقدم حساباً مستقلاً عن أعمال وكالته (٤) . وإذا وجب على الوكلاء أن .

(١) نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ - ١ - ٣٢٦ .

(٢) نانسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ٢ - ١٩٦ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٠
دالوز ٧٢ - ٢ - ٤١ - وإذا غير الوكيل ، عند تجديده لقيده رهن ، الحل المختار للدائن موكله ،
وجب عليه أن يخطره بذلك (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٢٢ -
بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره ، يجب
أن يثبت أنه كان عالماً بتفصيلات الحساب ، فإذا كان التوقيع على ورقة مجملة ذكر بها أن رصيد
الحساب السابق مبلغ معين ، فليس في هذا ما يدل على أن الموقع كان ملماً بالحسابات السابقة على
إثبات هذا الرصيد (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١
ص ٢٤١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجبر الموكل على قبول حساب الوكيل ،
إلا إذا كان ذلك الحساب مصحوباً بمستندات (استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق
٨ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأن المخالصة المجلدة المبهمة التى لا يبين فيها الإيراد والمنصرف
لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب ، ولا يعتبر التخالص في هذه الحالة تنازلاً عن حق أو إبراء
من دين (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٠ ص ٧٨٨) . وقضت محكمة
مصر الوطنية بأنه مهما يكن من خلاف حول ملكية الدفاتر والأوراق التى يحررها الوكيل في أثناء
قيامه بإدارة أعمال موكله وما إذا كان للموكل أن يدعى ملكية هذه الدفاتر ، فإنه لا نزاع في أن القضاء
في أثناء طرح النزاع بين الطرفين أمامه حول أعمال الوكيل في أثناء إدارته أن يلزمه بتقديم هذه الدفاتر
والأوراق لبحثها على اعتبار أنها على الأقل مملوكة للطرفين ، الموكل والوكيل ، بالاشتراك بينهما
(مصر الوطنية ١٧ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٥٧ ص ٥٠٤) .

(٤) بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٧ .

يقدموا حساباً واحداً ، كانوا متضامنين في التزامهم بتقديمه (١) .
والحساب الذى يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه . مثل ذلك
أن يكون للموكل مبالغ قبضها الوكيل ثمن ما باعه أو أجره أو وفاء لحق
الموكل في ذمة الغير ، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها الوكيل لحساب
الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق
مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل ، وأن يكون على الموكل المصروفات
التي أنفقها الوكيل في السفر الذى اقتضاه تنفيذ الوكالة ، وأجرة نقل الأشياء
والتأمين عليها ، والضرائب والرسوم التي دفعت ، والسمسرة التي أعطاها
الوكيل للوسيط في الصفقة ، والتمن الذى اشترى به الأوراق المالية وغيرها
من الأشياء لحساب الموكل ، والأجر الذى اتفق عليه مع الموكل (٢) . فيدرج
الموكل كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ،
والرصيد بعد استئصال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل (٣) ،
كما هو الأمر في الحساب الحارى ، وتنفى ذاتية هذه المبالغ وهي مدرجة في
الحساب ، فلا تكون حقوقاً أو ديوناً مستقلة بعضها عن بعض ، ولا ينتج أى
منها فوائد مستقلة ، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب (٤) . ولا تقع

(١) ولم يحدد القانون ميعاداً لتقديم الحساب ، فيجب تقديمه في أقرب وقت ممكن عقب
انتهاء الوكالة ، وإذا تأخر الوكيل في تقديمه وأعذره الموكل ، انقطع سريان فوائد المصروفات
التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ولم يحز الوكيل أن يوقع حجزاً بموجب الرصيد الذى له
في الحساب قبل أن يقدمه للموكل (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٦) . وقد يترأخى
طلب تقديم الحساب للعلاقة التي تقوم بين الوكيل والموكل . وقد قضى بأنه إذا ادعت زوجة على
ورثة زوجها بأنه كان وكيلها في إدارة أموالها ، وأنه استغل بعض هذه الأموال في شراء عقارات
باسمها ، فليس لها في هذه الحالة سوى المطالبة أولاً بتقديم الحساب عن إدارته لأموالها من تاريخ
وكالته ، فإذا ظهر شيء في ذمته كانت التركة مدينة بهذه المبالغ التي تظهر ، كما هي ضامنة لفوائدها
من تاريخ الاستعمال ، وتصبح هي دائنة كباقي الدائنين في استيفاء أموالها من التركة (الإسكندرية
الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٢) .

(٢) وإذا وكل شخص في بيع أوراق النصيب ، فبقى معه في الأوراق التي لم يتمكن من بيعها
ورقة كسبت إحدى الجوائز ، وجب عليه أن يؤدي للموكل حساباً عن هذه الجائزة ، ولا يجوز له
أن يحتفظ بها لنفسه حتى لو عرض دفع ثمن الورقة (نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه
١٩١٣ - ١ - ٣٥٨ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ .

(٤) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٠٨ .

المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول . فإذا أفلس الموكل أو الوكيل ، لم يكن للطرف الآخر أن يحتج بامتناع المقاصة في مبلغ معين بسبب الإفلاس (١) .

٢٦٧- الأموال التي يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب : ويعفى الوكيل من تقديم الحساب إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق يقضى بذلك . فتقضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب ، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في الإقرار عنه يدين ، فأمضى الوكيل الإقرار ، لم يكن هناك محل لتقديم حساب عن هذه الوكالة . والوكالة في بيع شيء معين بثمن معين دون قبض ثمنه ، والوكالة في الزواج أو في الطلاق أو في الإقرار بالبنوة ، كل هذه وكالات لا تحتمل تقديم حساب عنها (٢) .

وقد تقضى الظروف بالإعفاء من تقديم حساب عن الوكالة ، ويرجع ذلك غالباً إلى الصلة ما بين الموكل والوكيل . فإذا كانت هذه الصلة تقتضي أن من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل ، كما إذا كان الوكيل مستخدماً عند الموكل أو خادماً أو وكيل أعمال أو محصلاً للإيجارات أو لحقوق أخرى ، فإن الحساب يعتبر مقدماً فعلاً عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة (٣) . وإذا كانت الصلة صلة زوجية أو قرابة ، فقد يفهم منها أن الموكل قد أعفى الوكيل من تقديم الحساب . فالزوجية تعفى الزوجة من تقديم حساب عن وكالتها في الشؤون المنزلية (٤) . كذلك إذا أدار الزوج مالا لزوجته ، أو

(١) نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-١-٢٣٢-٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه

٤٩ - ١ - ١٦٠ - وانظر في كل ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٢) أكثم أمين الحولى فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ .

(٣) استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩٠٣ الاستقلال ٤ ص ٥٧٤ - استئناف مختلط

٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٨ - جيوار فقرة ١٣٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٢ -

بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٤) روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٣٣ - بلانيول وريبير

وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ .

أدارت الزوجة مالا لزوجها ، فإن الثقة المتبادلة التي تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقديم الحساب^(١) ، وذلك ما لم يقيم دليل على وجود شقاق بين

(١) بوردو ١٤ يوفيه سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٤ - ٢ - ٣٩ - ديچون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤٤٣ - أورليان ٨ يوفيه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ٢ - ٣٣٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٥ - قارن بيدان ١٢ فقرة ٣١٤ .

وقد قضى بأن توكيل الزوجة زوجها في إدارة أملاكها ، ثم إقامتها معاً على أتم وفاق مدة عشرين سنة من صدور هذا التوكيل ، وضم أملاك كل منهما إلى أملاك الآخر للانتفاع بها سوياً طول هذه المدة ، ثم انفصالها بعد ذلك بموجب عقد التزم فيه كل منهما للآخر بالتزامات خاصة ، وأخذ كل منهما على عاتقه سداد جزء من الديون المشتركة : جميع هذه الظروف تدل على أن إدارة أملاك الزوجة طول هذه المدة كان باطلاعها ، وأن صرف غلة هذه الأملاك كان برضاها وقبولها ، وأن كل ما أرادت أخذه من الزوج ذكرته في عقد الاتفاق الذي عمل بينهما عقب الانفصال ، ولذا لا يصح لها بعد ذلك أن تطالب زوجها بالحساب مدة عشرين سنة التي مكثها وكيلا عنها (استئناف وطني ٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢٤ ص ١١٩) .

وقضت أيضاً في نفس المعنى بأنه إذا ثبت أن الزوجة عاشت زوجها مدة طويلة وعاشا معاً ، ولم تعمل له توكيلاً صريحاً كتابياً بإدارة أموالها ، بل كان يجري الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلاً بوكالة ضمنية ، وثبت أنه قام بذلك مدة تقرب من الخمسين سنة ، استفيد من ذلك أن الزوجة كانت راضية بما كان يفعله زوجها من كيفية استغلال وقبض وصرف ، خصوصاً متى ثبت أنه كان يصرف من مالها ومن ماله في الشؤون العائلية وتربية أولادها وتزويجهم بلا تمييز بين ماله ومالها ، ولا يكون الزوج ملزماً في حالة الفرقة أو لأى طلب من زوجته إلا أن يقدم لها الغلة الموجودة فعلاً ولا يسأل عما سلف مما أنفق وصرف ، لأن الغلة السابقة تعتبر في هذه الحالة أنها أنفقت وصرفت برضاء الزوجة وفي شؤون المنزل والحياة العائلية . وكذلك في حالة التوكيل الصريح ، إلا إذا اشترط بنص صريح أن الزوج يقدم حساباً عن غلة أموال الزوجة ، ففي هذه الحالة يكون ملزماً بتقديم حساب عن كل ما قبضه . ولا يمنع من ذلك ما تقضى به الشريعة الإسلامية من أن الزواج لا يترتب عليه امتزاج أموال الزوجين وأن الزوج مكلف بنفقة زوجته وعياله ولو كان للزوجة مال ، فإن الشريعة الإسلامية تعتبر الزوج في مثل هذه الظروف أميناً مسلطاً على الاستغلال والقبض والصرف فيقبل قوله فيما سلط عليه والظاهر لا يكذبه (استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٧ ص ١٨٠) .

وقضى من جهة أخرى بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه ، وهذه الملزومية لا تسقط إلا إذا أعفاه الوكيل منها إعفاءً واضحاً جلياً . ولا محل لاستنتاج ذلك من صيغة التوكيل الذي تفوض فيه البنت إلى أبيها الوكيل عنها إجراء جميع التصرفات التي يملكها الشخص في أية مسألة من تبرع وتنازل وهبة ، وأن ليس لها الحق في رفض أى شيء مما يفعله الوكيل أو تغييره أو تعديله بأى وجه من الوجوه ، فإن ما في هذا التوكيل من التفويضات التي لا حصر ولا حد لها إنما يرجع في الحقيقة إلى ثقة الموكله بأبيها، ووضع الثقة التامة

الزوجين وعلى أن الثقة فيما بينهما مفقودة^(١) . وقد تقوم الثقة بين الأقارب والأصهار ، كالأب وولده^(٢) ، والأب وزوج بنته ، والأخوين ، بحيث تعفى من تقديم الحساب^(٣) .

وقد يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب ، فيكون الاتفاق صحيحاً^(٤) . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كما إذا أعطى الموكل الوكيل مخالصة أبرأ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب^(٥) . ويمكن حل

= في شخص الوكيل شيء وإعفاؤه من تقديم الحساب عن وكالته شيء آخر (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢) - وقضى أيضاً بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل ، وبأن الوكيل عن زوجته إذا توفى قبل أن يقدم حساباً لها التزم ورثته بتقديم الحساب ، ويجب أن يقدم حساب صحيح يفحص ويناقش ويوافق عليه (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦) .

(١) أو كانت الوكالة بموجب توكيل محدد وليست الوكالة العامة ما بين الزوجين (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٥) . على أن الإعفاء ، حتى الوكالة العامة ما بين الزوجين ، إنما ينصب على الحساب المفصل الدقيق (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ - ١ - ١٤٨ - ديجون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤٤٣ - أورليان ٨ يونيو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ٢ - ٣٣٤) . فيفترض أن الزوجة تقدم حساباً يومياً لزوجها ، إلا إذا قام الدليل على العكس ، كما لو كان الزوج غائباً أو مجتهداً (روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٥٣) ، أو مريضاً أو عاجزاً عن تسلم الحساب (نقض فرنسي ٤ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ - ١ - ٢٢١) - وانظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٢ .

(٢) وفي قضية وهب والد عقاراً لابنته وبقي واضحاً يده عليه بصفته وكيلاً ، وكانت الابنة مقيمة مع زوجها وأولادها في منزل والدها ويتولى الصرف عليهم جميعاً . وبعد وفاة الأب رفعت الابنة دعوى على ورثته بمطالبتهم بتقديم الحساب ، فقضى بأنه يستتج من ظروف الدعوى أن المتعاقدين لم يكن في نيتهما جعل الأب ملزماً بتقديم حساب عن وكالته (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٥٩ ص ١٣٢) .

(٣) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ أغسطس سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ - ١ - ٣١٦ - جيوار فقرة ١٣٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٥) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٦٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٥ - انظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٣٤ - استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦ .

الاتفاق على أنه هبة مستثناة^(١) ، أو على أنه وفاء لدين في ذمة الموكل للوكيل ، أو على أنه وثوق من الموكل في أمانة الوكيل^(٢) .

وقد لا يعنى الوكيل من تقديم الحساب ، ولكن تقوم ظروف تجعل تقديم الحساب مستحيلا عليه فيسقط التزامه . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز تكليف وكيل بتقديم حساب إلا إذا كانت المستندات والأوراق تحت يده ، فإذا كانت المستندات والأوراق في يد طالب الحساب وجب رفض طلبه لاستحالة تقديم الحساب^(٣) . وإذا مات الوكيل مجهلاً الحساب ، ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل ، لم يلزم الورثة بتقديم الحساب ، وإنما يلزمون بذلك إذا مات المورث غير مجهل لأموال موكله^(٤) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ١٣ ص ٢١٦ هامش ٤ . ويجب في هذه الحالة أن يكون الموكل أهلاً لصدور الهبة منه (پرن ١ فقرة ١٠٠٣ - لوران ٢٢ فقرة ٤٩٦ - جيوار فقرة ١٣٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٧٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ هامش ٥) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ - أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه ، وهذا الالتزام لا يسقط إلا إذا أعفاه الموكل منه إعفاء صريحاً جلياً (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ وقد سبقت الإشارة إليه) - انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩ (وتقول المحكمة إن كل وكيل ملزم بتقديم حساب عن إدارته وعن المبالغ التي قبضها بموجب وكالته ، وكل شرط يخالف يجب اعتباره غير مكتوب) - محمد علي عرفة ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ - وقرب في هذا المعنى العكسي جوسران ٢ فقرة ١٤١٢ مكررة - وعلى كل حال لا يعتبر إقرار الموكل لتصرف صدر من الوكيل إعفاء له من تقديم الحساب عن هذا التصرف (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩) .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠١ الاستقلال ٤ ص ٥٧٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ .

(٤) استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٣٣ ص ٤٩٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٩١ - وقريباً من هذا المعنى التي قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوكالة بلا مقابل ليست كغيرها من العلاقات التي ترتبط بتبادل المنافع وتجعل كل طرف خصماً للآخر في منفعتيه ، وإنما هي علاقة مبنية إيجاباً الثقة ، وموجب قبولها النجدة ، وموضوعها معونة الموكل ، ومقتضاها تبادل الإخلاص بين طرفيها وتعاونهما بالصدق على الوفاء بما ينشأ عنها من التعهدات ، وإن أيسر ما يجب على الموكل من ذلك أن يساعد الوكيل عند انتهاء مأموريته على أداء حسابه ، إن لم يكن بالسبق إلى تقرير الحقائق وبالتنبيه على ما غاب منها عن الوكيل ، فبالاعتراف =

وسنرى أن دعوى تقديم الحساب تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة (١).

المطلب الثالث

رد ما للموكل في يد الوكيل

٢٦٨ — ما يلتزم الوكيل برده للموكل: بعد أن يقدم الوكيل الحساب للموكل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، يجب على الوكيل أن يرد للموكل ما في يده من مال له وهو رصيد الحساب ، ويلتزم أيضاً بالفوائد في حالتين معينتين . وعلى الوكيل كذلك أن يرد للموكل ما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة ، ويدخل في ذلك سند التوكيل . وبعد ذلك كله يعطى الموكل الوكيل محالصة يبرئ فيها ذمته .

فنبحث هذه المسائل الأربع : (١) رد ما للموكل من مال في يد الوكيل . (٢) دفع الفوائد في حالتين معينتين . (٣) رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل . (٤) المحالصة بإبراء ذمة الوكيل .

٢٦٩ — رد ما للموكل من مال في يد الوكيل : كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وعليه (على الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لعدم

= بها على الأقل بعد سؤاله عنها وصراحة القول فيها عند عرضها عليه . وإن هذا الواجب يتم لزومه وتشتد مطالبة الموكل به فيما إذا كان المكلف بالحساب ليس هو الوكيل نفسه ، بل وارثاً له يصعب عليه في غالب الأحوال أن يحيط بجميع ما يتعلق بإدارة لم يكن هو المباشر لها بنفسه . فإذا أخل بهذا الواجب ، ولم يعن وارث الوكيل على أمره كما استعان بمورثه في شأنه ، وانتهر فرصة جهله أو عدم اختياره ، وسكت عن حق لإخفائه ، عد سكوته غشاً . وإنه أولى من هذا السكوت بالغش ، وأحق منه باسمه ، أن يقف الموكل لهذا الوارث موقف الخصم من خصمه ، يدعى الباطل وينكر الحق (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٣٠٧) .

(١) انظر ما يلي فقرة ٢٧٢ .

ضرورتها»^(١) . وليس النص المخدوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه .

وعلى ذلك يلتزم الوكيل برد كل ما كسبه لحساب الموكل ، سواء عمل الوكيل باسم الموكل أو عمل باسمه الشخصي . فلو عمل باسمه الشخصي كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل في شرائه باسمه فانتقلت إليه الملكية ، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل^(٢) . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في الاسم المستعار .

وإذا تسلم الوكيل لحساب الموكل أعياناً أو بضائع ، وجب عليه ردها بالذات إلى الموكل ، ولا يصح أن يجتزئ عن ذلك برد قيمتها ، ما لم يكن مفوضاً في بيعها فعند ذلك يبيعها ويسلم ثمنها للموكل^(٣) . كذلك إذا تسلم عملة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٦٤ في الهامش - وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٩ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على أنه « يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه في كل وقت ، بياناً عن إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأى وجه من الوجوه » (انظر آنفاً فقرة ٢٦٤ في الهامش) .

(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٧١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - وقد قضى بأنه إذا وكل المدين شخصاً في أن يشتري باسمه الدين الذى فى ذمة الموكل ، فإن الوكيل يصبح دائناً للموكل ومديناً له بنفس الدين ، فيسقط الدين بالمقاصة ، كما لو كان قد سقط باتحاد الذمة فى شخص الموكل (نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ١٠٧) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب عن وكالته عند انقضائها ، وإطلاعه على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة أثناء سريانها كلما طلب منه الموكل ذلك فى أوقات معقولة . وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل « اسماً مستعاراً » يعمل باسمه الشخصى . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - وإذا كان فى يده نقود لموكله ، وجب عليه تسليمها إليه ، فإذا اشترى بها أعياناً باسمه كان مبدداً ووجب عليه التعويض . ولكن ليس للموكل أن يسترد هذه الأعيان ، بل ينفذ عليها بحقه كسائر الدائنين . وقد قضى بأنه إذا استعمل الوكيل نقود موكله فى مصلحته الخاصة اعتبر مبدداً لها ، ولم تدخل الأعيان التى اشترىها الوكيل بهذه النقود فى ملك الموكل مادامت لم تكن باسمه ، ولم يلزم الوكيل إلا بأن يقدم حساباً عن إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) .

أجنبية لحساب الموكل ، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا تسليم ما يساويها بالعملة المصرية ، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبي بذلك^(١) . وإذا كان في يد الوكيل للموكل أوراق مالية فاستهلكت أو ربح بعضها جوائز ، وجب على الوكيل أن يسلم للموكل قيمة ما استهلك من الأوراق المالية أو الجوائز التي ربحها الأوراق^(٢) . وللموكل أن يسترد من الوكيل الأعيان التي له بدعوى استحقاق ، إلى جانب دعوى الوكالة ، لأنه هو المالك لها .

ويرد الوكيل للموكل ما تسلمه لحسابه حتى لو لم يكن مستحقاً للموكل ، فليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو من حقه أو ليس من حقه ، هذا إلى أن الموكل لا الوكيل هو الذي يطالب برد غير المستحق . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ١٩٩٣ من التقنين المدني الفرنسي^(٣) ، وهو متفق مع القواعد العامة فيسرى في مصر دون نص . ومن ثم يرد الوكيل للموكل ما اقتضاه من الغير فوق ما يكون الغير ملزماً به ، مادام قد اقتضاه لحساب الموكل ، وإذا تملكه لنفسه اعتبر مبدداً^(٤) . ولكنه

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٥٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٩٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - فإذا تعذر تسليم العملة الأجنبية بذاتها ، وجب تسليم قيمتها بالعملة الوطنية وقت التسليم لا وقت قبض الوكيل للعملة الأجنبية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٣٧ - باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٤) .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٣٥٨ - جرينوبل ٢٦ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٣٣١ - ١٤ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤٥ .

(٣) جرينوبل ١٤ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٤ - كولان وكايتان ودى لاموراندييه ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ٢٣ يولييه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٩ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ و ٢٢ يولييه سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٧٦ - ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥١٠ - ترولون فقرة ٤٢٠ وما بعدها - بون ١ فقرة ١٠٠٨ - جيوار فقرة ١٣٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٩ - بلانيول وريبير =

لا يلزم برد ما اقتضاه دون حق بسبب غلط مادي أو خطأ في الحساب أو لسبب غير مشروع ، فهذا إنما يلزم برده للغير الذي تسلمه منه^(١) .
والموكل هو الذي يحمل عبء إثبات أن الوكيل قد تسلم شيئاً لحسابه^(٢) ، ولكن إذا كان الوكيل مفوضاً في قبض شيء في ذمة الغير للموكل كان مسئولاً عنه حتى لو لم يقبضه ، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة^(٣) .

وإذا لم يرد الوكيل ما بيده من مال للموكل وتصرف فيه أو استعمله لصالحه ، ارتكب جريمة التبديد فوق مسئوليته المدنية^(٤) .

٢٧٠ — رفع الفوائد في حالتين — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

= وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ — بيدان ١٢ فقرة ٣١٥ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٧ .

(١) نقض فرنسي ١٠ يونيو سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ — ١ — ٣١٨ — ٢٤ يولييه سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٦١ — جيوار فقرة ١٣٥ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٧٨ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ — كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٨ — وقارن عابدين ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٤٢ ص ٥٣٥ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذي يدعون أنه قبضه ، فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال في شؤون الموكل أو مصيره إليه . فإذا كان الثابت بتقرير الخبر أنه اعتمد في حصر المبالغ التي وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التي كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

وإذا أثبت الموكل أن الوكيل قبض مبلغاً لحسابه وطالبه به ، لم يجوز دفع دعوى المطالبة بأنه لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب ، مادام الوكيل قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجوب تصفية الحساب وبأن نتيجته في مصلحته ويقدم الدليل على ذلك (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٤ ص ٥٦١) .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ — ١ — ١١٣ — ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ — ١ — ٢٤٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٥ .

- « ١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه » .
- « ٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى من ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر^(١) .
- فهناك إذن حالتان يدفع فيهما الوكيل الفوائد عن المبالغ التي في ذمته للموكل ، لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد كما تقضى القواعد العامة (م ٢٢٦ مدني) ، بل قبل ذلك : (١) فوائد المبالغ التي تثبت في ذمة الوكيل من حساب الوكالة ، وتدفع من وقت الإعذار . (٢) فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه ، وتدفع من وقت استخدامها^(٢) . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٤٦/٥٢٦ : وعليه فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته بها مطالبة رسمية (mise en demeure) أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه . وله الحق في فوائد النقود التي دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها . (وأحكام التقنين المدني القديم تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٧٨٩ : ويجب عليه (على الوكيل) أداء فائدة الأموال التي تأخر في دفعها . (ولم يبين التقنين اللبناني ما إذا كان يجب الإعذار لسريان الفوائد ، ولم ينص على فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالح نفسه) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا وقع مال للموكل في يد الوكيل ، وجب على هذا ألا يستعمله لصالح نفسه ، فإن فعل كان مسؤولاً عن فوائده من وقت استخدامه . وكذلك يلتزم بالفوائد عما يتبقى في ذمته عن حساب الوكالة من وقت إعذاره بالدفع . وهاتان حالتان وردتا استثناء من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد لا تدفع إلا من وقت رفع الدعوى ، ففي الحالة الأولى تدفع الفوائد من وقت أن يستخدم الوكيل المال لصالح نفسه ، وفي الحالة الثانية من وقت الإعذار بالدفع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٨) .

ويرى الأستاذ أكثم أمين الخولى أن الحالة الأولى ليست إلا « تطبيقاً للإثراء بلاسبب لا شأن له بمبدأ لزوم المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، هذا المبدأ خاص بحالة التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو ما لا يتحقق في هذا الفرض لأن الوكيل لا يلزم من قبل تنفيذ الوكالة برد مال =

الحالة الأولى - فوائد المبالغ التي ثبتت في ذمة الوكيل من حساب الوكالة :
فإذا صنف حساب الوكالة ، وتبقى في ذمة الوكيل للموكل مبالغ هي رصيد هذا الحساب ، وجب على الوكيل ردها للموكل كما سبق القول . وإذا تأخر في ردها ولم يعذر الموكل ، لم تحب عليه فوائد لهذه المبالغ ، بل يرددها كما هي دون زيادة^(١) . أما إذا أعذر الموكل الوكيل مطالباً إياه برد هذه المبالغ ، فإن الفوائد تسرى من وقت الإعذار برد المبالغ المتبقية في ذمة الوكيل^(٢) دون حاجة إلى ذكر الفوائد في الإعذار ، فإن المادة ٧٠٦/٢ مدني قالت « من وقت أن يعذر » ، ولم تقل « من وقت أن يعذر بدفع المبالغ وفوائدها »

= الموكل بل باستخدامه في تنفيذ الوكالة « (أكم أمين الخولي فقرة ١٨٠) . والحالة الثانية هي وحدها الاستثناء من القواعد العامة ، إذ فيها يكون الوكيل ملتزماً برد المال للموكل ويأثم بدفع فوائده من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد (أكم أمين الخولي فقرة ١٨٧) . ومقتضى جعل الحالة الأولى مجرد تطبيق لمبدأ الإثراء بلا سبب ألا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن أقل القيمتين ، قيمة ما أفاد هو وقيمة ما خسر الموكل ، وسرى أن الوكيل يكون مسئولاً عن جميع ما خسر الموكل ولو زاد على قيمة ما أفاده هو .

(١) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٣١٢ - ١١ يولييه سنة ١٨٨٣ سيرييه ٨٤ - ١ - ٣٢٣ - ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ سيرييه ١٩٠٩ - ١ - ٥٠١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٠ - ولا يجوز قبل الإعذار مطالبة الوكيل بالفوائد ، إلا إذا كان ذلك على سبيل التعويض عن الإخلال بالتزام معين ، كما إذا كان الوكيل قد تأخر دون مبرر في قبض ديون مستحقة للموكل أو امتنع عن استغلال مبالغ التزم باستغلالها ، فيطالب بفوائد الديون أو المبالغ على سبيل التعويض (نقض فرنسي ١٠ يولييه سنة ١٩٠٢ سيرييه ١٩٠٥ - ١ - ٨٧ - ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٨ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩) - وقد قضى بأن الوكيل لا تكون ذمته مشغولة بأي مبلغ إلا بعد ظهور نتيجة الحساب ، فلا يلزم بفوائد إلا من تاريخ ظهور المبالغ في ذمته ومطالبته بهذه المبالغ ويكون ذلك بمجرد إعلان أو تنبيه بالدفع أو رفع دعوى (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٢ ص ٣٩٨) .

(٢) استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٢٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٠ - حتى لو كانت هذه المبالغ التي قبضها الوكيل هي نفسها فوائد مستحقة للموكل ، فتسرى الفوائد بالنسبة إليها لأنها تعتبر رأس مال في العلاقة ما بين الموكل والوكيل (ترولون فقرة ٤٩٩ - بون ١ فقرة ١٠٥٢ - جيوار فقرة ١٤٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٤) .

كما قالت المادة ٢٢٦ مدني « وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها »^(١) . والإعذار يكون بإنذار الوكيل على يد محضر أو بما يقوم مقام الإنذار . ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى في ذمة الوكيل ولو لم يكن هذا الرصيد معلوم المقدار^(٢) ، أما رفع الدعوى بتقديم الحساب دون ذكر لدفع الرصيد فلا يقوم مقام الإعذار يدفع الرصيد ولا يجعل الفوائد تسري^(٣) . والفوائد التي تسري بالإعذار هي الفوائد محسوبة بالسعر القانوني ، أي ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية^(٤) . ويجوز الاتفاق مقدماً على أن يكون سعر الفوائد أكثر أو أقل من ذلك^(٥) بشرط ألا يزيد على ٧٪ (م ٢٢٧ مدني) ، كما يجوز الاتفاق على أن تسري الفوائد من وقت انتهاء الوكالة وتعيين الرصيد المتبقى في ذمة الوكيل دون حاجة إلى الإعذار^(٦) .

- (١) قارن أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ .
- (٢) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٨ يونيو سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٦٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٥ ص ٣٦٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ - ٩١٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٩ .
- (٣) نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣ - ١ - ٤١٦ - جيوار فقرة ١٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٦ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ هامش ١ .
- (٤) وذلك ما لم يثبت الموكل سوء نية الوكيل وعند ذلك يتقاضى تعويضاً أكبر . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن تأخر المدين في الوفاء بالمدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ، ما لم يثبت أن هذا التأخر كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بال دائن ، وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنياً لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغى . وإذن فتي كان الحكم المطعون فيه ألزم المدين بالمدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائي علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخر في الوفاء دون أن يستظهر سوء نية المدين ، فإنه يكون مشوباً بالتقصير (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .
- (٥) بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٠ .
- (٦) وإذا اضطّر الوكيل . بسبب الخلاف مع الموكل على الحساب ، أن يودع مبلغاً خزانة المحكمة لحساب الموكل ، لم يكن مسئولاً عن فوائد هذا المبلغ ، ويقتصر الموكل على الفوائد التي يتقاضاها من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٦) .

الحالة الثانية - فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه : وإذا وقع في يد الوكيل مبلغ لحساب الموكل واستخدمه لصالحه^(١)، وجب عليه دفع فوائد هذا المبلغ بالسعر القانوني سالف الذكر ، وذلك من وقت استخدامه المبلغ لصالحه دون حاجة لإعذار^(٢) . وعبء إثبات أن الوكيل استخدم المبلغ لصالحه يقع على الموكل^(٣)، ويقع عليه أيضاً أن يثبت الوقت الذي استخدم فيه الوكيل المبلغ لصالحه حتى يكون هذا الوقت مبدأ لسريان الفوائد^(٤) . فإن لم يمكن إثبات وقت استخدام المبلغ ، ولكن ثبت أن الوكيل استخدمه لصالحه ،

(١) وقد يصل في استخدام المبلغ لصالحه إلى حد أن يملكه ويتصرف فيه كمالك ، فيكون في هذه الحالة مبدداً .

(٢) وقد يكون الوكيل مسئولاً عن تعويض أكبر من الفوائد القانونية . فإذا استعمل مثلاً لصالح نفسه مبلغاً كان يجب أن يؤدي به ديناً في ذمة الموكل ، وترتب على ذلك أن حجز الدائن على أموال الموكل ، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن تعويض الموكل ما لحقه من ضرر بسبب الحجز ومصرفاته ولو زاد ذلك على الفوائد القانونية للمبلغ الذي استعمله لصالحه (نقض فرنسي ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ داللو ٦٣ - ٥ - ١٢٤ - بون ١ فقرة ١٠٤٥ - لوران ٢٧ فقرة ٥١٠ - أوبري . ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ وهامش ٧ - أنسيكلوبيدي داللو ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٣ - عكس ذلك جيوار فقرة ١٤٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٠) .

(٣) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللو ٧٣ - ١ - ٤٥٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللو ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ - ١ - ١٢٢ - ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ - ١ - ٥١٨ - ترولون فقرة ٥٠٣ - بون ١ فقرة ١٠٤٣ - لوران ٢٧ فقرة ٥٠٨ - فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفقرة ١٤٧٨ ص ١٩١٩ - ص ٩٢٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض ، بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ، ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضاً لصور بماطلة الوكيل في الوفاء ، ولا يحمل الدليل على ما انتهى إليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل ، فإنه يكون قاصر البيان (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .

وليس على الموكل أن يثبت في أي وجه على التحقيق استخدم الوكيل المبلغ لصالحه (لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٤) .

(٤) جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - ووقت استخدام المبلغ مسألة واقع تثبت بجميع الطرق ، ويبت فيها قاضي الموضوع (نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ - محمد علي عرفة ص ٣٩١) .

سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة^(١) . وإذا لم يدرج الوكيل في الحساب مبلغاً في يده للموكل ، ولم يكن ذلك عن غلط أو سهو ، اعتبر ذلك قرينة على أنه قد استخدم هذا المبلغ لصالحه^(٢) . كذلك إذا استولى على مبلغ يزيد على أجره ، ولم يكن ذلك عن غلط ، اعتبرت الزيادة مبلغاً استخدمه لصالحه^(٣) . وعلى الوكيل أن يثبت الغلط أو السهو الذي وقع فيه . وإذا أصاب الموكل ضرر أكبر من جراء استخدام الوكيل لصالحه المبالغ التي في يده للموكل ، كأن حرم الموكل من استغلال هذه المبالغ بربح أعلى ، جازت زيادة الفوائد بمقدار ما يعوض هذا الضرر^(٤) . وفوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه تدخل في الحساب الذي يقدمه وتعتبر جزءاً من هذا الحساب لا يتجزأ ، ومن ثم لا تسقط بالتقادم الخمسي كما هو الأمر في الفوائد الدورية ، بل تسقط مع الحساب نفسه بخمس عشرة سنة^(٥) .

-
- (١) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٣٧٩ - لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٤ .
- (٢) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - محمد علي عرفة ص ٣٩١ .
- (٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠ - فإن أخذ الوكيل أجراً زائداً عن غلط رده دون فوائد بموجب دعوى رد ما دفع دون حق (نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٧٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٣ - وقارن أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩) . وإذا أدرج الوكيل مبلغاً وهمياً في المصروفات ، حذف المبلغ وحسبت فوائده على الوكيل من وقت إدراجه (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨) .
- (٤) نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٣ - ٥ - ١٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .
- (٥) قارن استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٥ - وانظر نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٠٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٩ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .
- وإذا لم يكن المال الذي استخدمه الموكل لصالحه نقوداً ، لم يكن هناك محل لدفع فوائد ، وإنما يكون هناك محل لدفع تعويض (نقض فرنسي ١٢ مايو سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٣٠٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠) .

٢٧١ — رد الأوراق والمستندات وسنر التوكيل : ويجب على الوكيل أيضاً ، بعد انتهاء الوكالة ، أن يرد ما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل .

فقد يكون الموكل أعطاه أوراقاً ووثائق يستعين بها في تنفيذ الوكالة ، كدفاتر وسجلات وإعلام وراثية وحجة وقف وعقود وغير ذلك من الأوراق والوثائق ، فيجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يرد كل ذلك للموكل . وقد يحصل الوكيل في أثناء تنفيذ الوكالة على مستندات تخص الموكل ، كما إذا عقد شراء لحساب الموكل أو استأجر له عيناً أو أقرض ماله أو وفي ديونه ، فيجب في هذه الأحوال على الوكيل أن يرد للموكل عقد الشراء أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو المخالصة بالديون^(١) .

وسنرى أن للوكيل أن يحبس هذه الأشياء في يده حتى يستوفي حقوقه من الموكل^(٢) . ولكن هناك شيئاً لا يجوز للوكيل أن يحبسه ، بل يجب عليه أن يرده للموكل عند انتهاء الوكالة ولو كانت له حقوق في ذمة الموكل لم يستوفها ، وذلك هو سند التوكيل . ذلك أن بقاء هذا السند في يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له ، ويخشى أن يستعمله الوكيل بعد أن زالت وكالته : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ — على الوكيل ، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة ، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضماناً لحقوقه قبل الموكل . ٢ — فإذا أهمل الموكل

(١) وقد نصت المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « على المحامي عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه المستندات والأوراق الأصلية . ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً له في المطالبة ، وأن يبقى لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات — ويقوم مجلس النقابة بالتصديق على صور المستندات والأوراق التي ليست لها أصول ثابتة بسجلات المحاكم — ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله مسودات الأوراق التي حررها في الدعوى ولا الكتب الواردة إليه منه ولا المستندات المتعلقة بما أداه عنه ولم يؤد إليه ، ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطي موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته » .

(٢) انظر مايل فقرة ٢٩٦ .

أو خلفاؤه في حمل الوكيل على رد السند ، فإنهم يكونون مسئولين عن الضرر الذى قد يصيب الغير حسن النية من جراء ذلك » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة^(١) ، ولكن أحكامه تتفق مع القواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(٢) . وقد ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما نجتزئ هنا بإيراده ففيه الغناء : « ولما كان سند الوكالة في يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم ، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه . واسترداد السند من الوكيل في الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإلا كانوا سيئى النية - كما أن بقاء السند في يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغزر بالغير فيتعاملون مع الوكيل ، وقد تقدم أن للغير في هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة . ولهم في كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل أو الوكيل . وإذا ت لكأ الوكيل في رد سند الوكالة ألزم بذلك ، وكان مسئولاً عن التعويض . وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة^(٣) » .

٢٧٢ - المخالصة بإبراء ذمة الوكيل : بعد أن يؤدى الوكيل الحساب للموكل ، ويرد إليه جميع ما في يده له من مال وأوراق ومستندات وفوائد مستحقة مع سند التوكيل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، يعطيه الموكل مخالصة بإبراء ذمته (décharge)^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٧ في الهامش .

(٢) وكانت المادة ٥٣١/٦٥٢ من التقنين المدنى القديم تنص على ما يأتى : « وعلى الوكيل بعد انتهاء توكيله أن يرد للموكل السند المعطى له بالتوكيل » .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٨ - ومع ذلك فقد نصت المادة ٤٢ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : « ليس للموكل عند انتهاء التوكيل لأى سبب من الأسباب أن يسترد سند التوكيل . ويجب على المحامى إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة إن لم يكن قد أودعه ملأ الدعوى ، وعلى كاتب المحكمة إذا طلب منه أن يؤشر فوراً على ذلك السند وعلى صورة المودعة قلم الكتاب ما يفيد انتهاء الوكالة » .

(٤) ومتى وافق الموكل على الحساب وهو على بينة من أمره وقد قدمت له المستندات اللازمة ، لم يجز له بعد ذلك الرجوع في موافقته وطلب حساب جديد (استثناء منقطع ٨ فبراير سنة ١٩٣٤ =

وإذا اقتصر الموكل على إقرار (ratification) أعمال الوكيل ، فيغاب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة في حقه ، دون أن يكون في ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسئوليته قبل الموكل^(١) ، وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضاً إبراء ذمة الوكيل^(٢) .

على أن المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ليس من شأنها في الأصل أن تبرىء ذمة الوكيل مما عسى أن يكشف عنه الموكل فيما بعد من خطأ أو تقصير ارتكبه الوكيل ، فيبقى هذا مسئولاً عن خطئه بالرغم من المخالصة^(٣) . بل إن للموكل ، بعد أن يصدق على الحساب الذي قدمه له الوكيل ، أن يطلب منه ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، المستندات التي تدعم هذا الحساب^(٤) . وذلك كله ما لم يتبين في وضوح من المخالصة أن الموكل قد أراد إبراء ذمة الوكيل نهائياً من مسئوليته عن جميع أعمال الوكالة ، ويشترط في هذه الحالة ألا يكون الوكيل قد حصل على المخالصة بطريق الغش كأن أخفى عن الموكل مستندات أو معلومات أخرى^(٥) .

وإذا امتنع الموكل من إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته ، جاز للوكيل أن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته من أعمال الوكالة .

(= م ٤٧ ص ١٨) . وليس للموكل أن يطلب الاطلاع من جديد على مستندات حساب سبق أن اطلع عليها ووافق بعد ذلك على الحساب ، بدعوى أنه يريد مراجعة الحساب من جديد ، ما لم يكن هناك غش من جانب الوكيل (نفس الحكم السابق) . وإذا وقع نزاع في بعض المبالغ ، فللموكل أن يرفع دعوى بما وقع عليه النزاع ، وليس له أن يطالب بتقديم حساب جديد بعد أن تمت موافقته على الحساب (نفس الحكم السابق) .

(١) نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ١٦٥ .

(٢) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ١ - ٢٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٦٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٩٧ .

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ .

فإذا لم يحصل الوكيل على مخالصة بإبراء ذمته ولا على حكم بذلك ، كان معرضاً لرجوع الموكل عليه في كل وقت إذا كان هناك وجه لذلك^(١) ، ولا يتقدم حق الرجوع هذا إلا بخمس عشرة سنة من وقت تقديم الحساب للموكل^(٢) . فإن لم يقدم الوكيل حساباً ، سقطت دعوى تقديم الحساب نفسها بانقضاء خمس عشرة سنة ، وسرت المدة من وقت انتهاء أعمال الوكالة^(٣) . على أن التقدم لا يمنع الموكل من أن يرفع دعوى استحقاق على الوكيل ستردها في يد الوكيل من أعيان مملوكة له ، ولا يجوز للوكيل أن يحتج بالتقدم المكسب لأن يده كوكيل على هذه الأعيان يد عارضة^(٤) .

(١) ولكن لا يجوز للموكل أن يتمسك بالمقاصة في دين ثابت عليه للوكيل وما على الوكيل من رصيد حساب الوكالة ، مادام هذا الحساب لم يصف وقد قام نزاع في شأنه ، وعلى الموكل أن يدفع الدين الثابت في ذمته للوكيل مع حفظ حقه في محاسبة هذا الأخير عما دخل في ذمته من ماله مدة وكالته عنه (نقض مدني ١٥ يولييه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢) .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن الدائن الراهن في استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها ، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلاً عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣) .

ومع ذلك فقد قضت المادة ٤٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه بالأوراق والمستندات المودعة لديه بعد مضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء مهمته . أما إذا طلبها الموكل قبل مضي المدة بكتاب موصى عليه ، فتبدأ مدة السقوط من تاريخ هذا الكتاب » .

(٣) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧ - يون ١ فقرة ١٠١٤ - لوران ٢٧ فقرة ٥٢٤ - جيوار فقرة ١٤٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢١ .

ولا يقف سريان تقدم دعوى تقديم الحساب قيام نزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقدم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٤) يون ١ فقرة ١٠١٤ - جيوار فقرة ١٤٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٦ -

المبحث الثاني

التزامات الموكل

المطلب الأول

دفع الأجر

٢٧٣ - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

٢ - فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتان ٥١٣ - ٥١٤ / ٦٢٧ .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري .

وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن وضع اليد النافذة ، بصفتها نافذة ، على أعيان ، مهما طال زمنه لا يكسبها ملكيتها ، لأنها لم تصنع يدها إلا بصفتها وكيلاً عن جهة الوقف ، ويبدو الوكيل لا تؤدي إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة عمر ١ ، رقم ٢٧ ص ٤٠ ، وإنظر أيضاً نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ ، مجموعة عمر ٤ ، رقم ٢٢٢ ص ٥٨٣) .

(١) - تاريخ النص : . ورد هذا النص في المادة ٩٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه لدى التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٩ ، ثم المجلس الشيوخ تحت رقم ١٧٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ - ص ٢١٥ ش ص ٢١٧) .

(٢) - التقنين المدني القديم م ٥١٣ / ٦٢٧ : يعتبر التوكيل دون مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل .

م ٥١٤ / ٦٢٨ : الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفه القاضي وتقديره المقابل بحسب ما يتصوبه . (أحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، وقد زاد التقنين الجديد بأن قنن صراحة القاعدة التي تقضى بعدم جواز تعديل الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وكان القضاء المصري يحجز على هذه القاعدة في عهد التقنين القديم دون نص) .

م ٦٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني اللبناني م ٧٧٠ وم ٧٩٤ - ٧٩٥ (١) .

والنص المتقدم الذكر يعرض لأجر الوكيل بوجه عام . وأبرز تطبيق عملي للوكيل المأجور هو المحامي ، وقد ورد في قانون المحاماة سلسلة من النصوص تنظم أتعاب المحامي لأهمية هذه المسألة .

فنبحث : (١) الأجر بوجه عام . (٢) أتعاب المحامي .

§ ١ - الأجر بوجه عام

٢٧٤ - فرضاه : يستخلص من نص المادة ٧٠٩ مدني سالفه الذكر أنه يجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين الموكل والوكيل ، والفرض الثاني أن هذا الاتفاق موجود .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٠ : ١ - إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل ، يستحقها . وإن لم تشترط فإن كان الوكيل بمن يعمل بأجر فله أجر المثل ، وإلا كان متبرعاً .
٢ - وإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٠ : تكون الوكالة في الأصل بلامقابل . وليس ما يمنع اشتراط الأجر . ولا يقدر كونها مجانية في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان الوكيل يقوم بمقتضى مهنته أو صنعتته بالخدمات المعقودة عليها و كالتة . ثانياً - إذا كانت الوكالة من تجار لأعمال تجارية . ثالثاً - إذا كان العرف يقضى بدفع أجر عن الأعمال المعقودة عليها الوكالة .

م ٧٩٤ : لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولاً - إذا منعه قوة قاهرة عن الشروع في تنفيذ الوكالة . ثانياً - إذا كانت القضية التي وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثاً - إذا لم تتم القضية التي من أجلها أعطيت الوكالة . ويراعى في هذه الحالة الأخيرة العرف التجاري أو المحلي - على أنه يحق للقاضي أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تمويضاً ، مراعاة لمقتضى الحال .

م ٧٩٥ : إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يعين بناء على العادة المرعية في المكان الذي انعقدت فيه الوكالة ، وإلا فيحسب الظروف .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، ولم يذكر التقنين اللبناني أن أجر التوكيل يكون خاضعاً لتقدير القاضي) .

٢٧٥ - لا يجوز اتفاق على الأجر : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩

مدنى فيما رأينا : « الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » . فإذا لم يوجد بين الموكل والوكيل اتفاق على الأجر كانت الوكالة غير مأجورة وكان الوكيل متبرعاً ، واعتبرت الوكالة في هذه الحالة من عقود التبرع^(١) . ويرجع ذلك إلى عهد بعيد في تقاليد القانون الرومانى . فقد كانت الوكالة في هذا القانون تبرعية حتماً ، وكان لا يجوز أن يعطى الوكيل أجراً . ولذلك كان الفرق بين الوكالة والمقاولة ينحصر في الأجر ، إذ كانت الوكالة يجوز أن تقع كالمقاولة على أعمال مادية ولا تقتصر على التصرفات القانونية ، ولا تتميز عن المقاولة إلا في أنها غير مأجورة حتماً أما المقاولة فتكون دائماً مأجورة . ويرجع السبب في ذلك إلى أن بعض المهن الحرة في القانون الرومانى ، وبخاصة مهنة المحامى ومهنة الطبيب ، كانت من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر ، فلا يجوز للمحامى أو الطبيب أن يأخذ أجراً على عمله . فكيف العقد في هذه المهن على أنه وكالة لا مقاولة ، لا لأنه يقع على تصرفات قانونية فالطبيب إنما يقوم بأعمال مادية محضة ، بل لأن العقد لا أجر فيه . وتطور القانون الرومانى ، وكان من الطبيعى مع تطور الظروف الاقتصادية أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنتهم ، فأجيز لهم ، لأن يأخذوا أجراً . (salaire) ، بل أن يتقاضوا أتعاباً تحمل معنى التقدير (honoraires) ، يطالبون بها لا بموجب دعوى الوكالة بل بدعوى أخرى غير عادية

(١) فالملاك على الشيوع أو الورثة إذا وكلوا أحدهم في إدارة الملك الشائع أو الشركة ولم يكن هناك اتفاق على أجر ، كانت الوكالة غير مأجورة (جرينوبل ٣ يولييه سنة ١٨٩٤ مجموعة جرينوبل ٩٤ - ٢٥٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٧ ص ٣٨٣ هامش ٣) . والشركاء إذا وكلوا أحدهم في تصفية الشركة أو في إدارتها أو في قبض ديونها دون اتفاق على أجر ، كان الشريك الوكيل متبرعاً .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل في الوكالة أنها تكون بنجر أجر مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة إلى أن ناظر الوقف كان يعمل بنجر أجر إلى إقراراته المتكررة ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون ، ولا يفبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين ، وهى ليست حالته (فقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢) .

(*persecutio extra ordinem*)^(١) . وانتقلت هذه التقاليد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكانت الوكالة فيه تبرعية حتماً ، وإذا أعطى الوكيل أجراً لم يكن هذا الأجر بموجب عقد الوكالة ذاته ، بل بموجب عقد مستقل هو عقد تبرع آخر ولكن من الموكل للوكيل للتدليل على اعترافه بالجميل ، فكان الوكيل يتبرع بالعمل والموكل يتبرع بالأجر^(٢) .

وحمل التقنين المدني الفرنسي طابع هذه التقاليد ، إذ هو بعد أن أقر ، مطاوعة لتطور الظروف ، أن يأخذ الوكيل أجراً دون أن تكون عليه غضاضة في ذلك ، فهو يكسب عيشه من مهنته وله أن يطالب بأجره بموجب عقد الوكالة ذاته ، إلا أن الوكالة جعلت في هذا التقنين تبرعية في الأصل ، ولا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل . وتأثر القضاء الفرنسي بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق ، فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل كما سرى . وتابع التقنين المدني المصري القديم هذه التقاليد ، ونص على أن « يعتبر التوكيل بلامقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل » (م ٥١٣/٦٢٧) ، كما نص صراحة على أن « الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه » (م ٥١٤/٦٢٨) . ونقل التقنين المدني المصري الجديد هذا كله عن التقنين المدني القديم ، وتمثل ذلك كما رأينا في نص المادة ٧٠٩ .

٢٧٦ — يوجب اتفاق على الأجر : ويخلص مما تقدم أن الوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، ولكن في كثير من الأحوال يكون هذا الاتفاق ضمناً^(٣) . وقد أشارت الفقرة الأولى

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ وفقرة ٧٢٦ ص ٣٨١ - ص ٣٨٢ .

(٢) دوما (Domat) الكتاب الثالث الباب الخامس عشر القسم الثاني فقرة ١ - بوتيه في الوكالة فقرة ٢٢ - فقرة ٢٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ وفقرة ٧٢٦ .

(٣) وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً ، فعبء إثباته يقع على الوكيل ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الوكالة مأجورة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ٤٨ - أول مارس سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٦ - ١ - ٣١٤ - ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ =

من المادة ٧٠٩ مدني صراحة إلى ذلك حين تقول : « الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غيره ذلك صراحة ، أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

وأبرز حالات الوكيل التي يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة هي مهنته^(١) . فإذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه ، فالمفروض أن الوكالة التي تدخل في أعمال هذه المهنة تكون مأجورة . فمن وكل محامياً أو وكيلاً بالعمولة أو سمساراً أو رجل أعمال أو مأمور تفليسة (سنديك) أو مصرفاً أو صيرفياً أو غير هؤلاء ممن يحترفون مهنة بتكسبون منها ، وبخاصة إذا كانت هذه المهنة تجارية^(٢) ، يكون قد اتفق ضمناً مع الوكيل على إعطائه أجراً كما هي العادة^(٣) . وقد انتشرت الوكالة المأجورة في الحياة العملية ،

= سيريه ٨٨ - ١ - ٧٧ - أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣ - ١ - ٤٩٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٣٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٤ وص ٩٢٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٩١ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٢ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢) . وقد يستفاد الاتفاق الضمنى من ظروف التعاقد الأخرى غير حالة الوكيل (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٥٧ - ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ - استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٠ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ .

(٣) نقض فرنسي ٨ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٢ - أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣ - ١ - ٤٩٧ - ١٥ يولييه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٦١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٢١٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت دي پاليه ١٩٣٠ - ٢ - ١٢٥ - أول يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٨ - جيوار فقرة ١١ و فقرة ١٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٩ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ هامش ٦ (٢) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ - على أن صاحب المهنة الحرة قد يكون وكيلاً غير مأجور في أعمال مهنته ، إذا تبين من الظروف أنه قصد القيام بالوكالة دون أجر لصداقة أو قرابة تربطه بالموكل مثلاً (نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ - ١ - ٧٧) ، ولأن له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو بدون أجر (نقض فرنسي ٢٩ يونيو سنة ١٨٨٠ دالوز القضاء العام الملحق لفظ avoué فقرة ٢٧ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ هامش ٦ (٢) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ - ٩٢٥) .

حتى طغت على الوكالة غير المأجورة وهي الوكالة التي يقوم بها الصديق تفضيلاً وبجاملة ، وحتى أصبح الواقع هو عكس القانون ، فالوكالة تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة ما لم يشترط أويتبين من الظروف أنها غير مأجورة^(١) . وتقدير ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة يترك للقاضي الموضوع^(٢) .

ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون غير نقود ، كما إذا اتفق الوكيل مع الموكل على أن يأخذ أجره حصبة من العين التي يشتريها بالوكالة عنه . وسنرى أن المحامي ، استثناءً مما تقدم ، لا يجوز أن تكون أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه .

وإذا اتفق على أجر ، صراحة أو ضمناً ، فيغلب أن يكون الأجر مستحقاً للوكيل ولو لم ينجح في مهمته^(٣) ، فهو إنما يؤجر على ما بذل من جهد دون نظر إلى ما يفضي إليه هذا الجهد من نتائج ، إذ أن التزامه كما قدمنا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية^(٤) . ولكن لا شيء يمنع من الاتفاق على أن

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٣ ص ١٧٦ وفقرة ٧٢٧ ص ٣٨٣ - فإذا تبين أن الوكالة غير مأجورة ، لم يجوز للوكيل أن يطالب بأجر على ما بذل من جهد بموجب قواعد الإثراء بلا سبب ، فإن هذه القواعد لا محل لتطبيقها إلا حيث لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٧ - وقد قضى بأن إدارة الوكيل لأموال الموكل مدة طويلة وانقطاعه لذلك ، دون أن تكون بينهما صلة قرابة ، ودون أن تكون حالة الوكيل المالية تسمح بالانقطاع لعمل دون أجر ، كل ذلك يستخلص منه أن الوكالة مأجورة (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩) - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٤ وفقرة ٧٣٣ وفقرة ٧٤٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ .

(٤) وقد قضى بأن الوكيل يستحق أجره ورد ما تكبده من المصاريف في سبيل أداء المأمورية التي كلفه بها الموكل ، بغض النظر عن النتائج إن كانت حسنة أو غير حسنة ، ما دام أن الموكل لم يقدم أى دليل على أن الوكيل ارتكب خطأ أدى إلى النتيجة السيئة ، كذلك إذا لم يكن هناك شرط بينهما يعلق ترتيب أجر الوكيل أو مقدارها على النتيجة الحسنة (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) .

يكون التزام الوكيل التزاماً بتحقيق غاية ، ويحصل ذلك غالباً في توكيل الوسطاء والسماسرة والطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبي التأمين ورجال الأعمال في عقد الصفقات ، على ألا يؤجروا إلا إذا عقدوا هذه الصفقات وبمقدار ما عقدوا منها^(١) . ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامي على ألا يستحق الأتعاب ، أو على ألا يستحق المؤخر منها ، إلا إذا كسب الدعوى . ويقع ذلك أيضاً إذا عهدت شركة إلى وكلاء لها في مناطق معينة بعقد الصفقات كل في المنطقة المحددة له ، ولا يأخذ الوكيل أجراً إلا على الصفقات التي يعقدها ، ويكون الأجر عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، ويغلب أن يكون الوكيل في هذه الحالة محتكراً لمنطقته ، فلا يجوز للشركة أو لوكيل عنها آخر أن يعقد صفقة في هذه المنطقة إلا بوساطته^(٢) ، وإذا وقع ذلك فإن الوكيل يستحق

(١) استئناف وطني ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ١٣٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٣٣٠ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٥ - نقض فرنسي ١٥ يولييه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٦١ . على أن الوكيل يستحق الأجر ولو لم يعقد الصفقة ، إذا كان عدم عقدها راجعاً إلى خطأ الموكل أو إلى تمتعه في عدم إتمام الصفقة أو التصديق عليها أو تنفيذها بعد أن توافرت جميع الشروط المطلوبة (نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٨٧ - ٢ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ١٨٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٢ - ١ - ٣٣٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ٢ - ٢٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤٦٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦) .

كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الأجر مرهوناً ، لا بعقد الصفقة فحسب ، بل أيضاً بملاء العميل الذي تعاقد مع الوسيط ، ويستحق الجوابون والطوافون والممثلون التجاريون عامة أجورهم على ما يحصلونه من العملاء بعد إتمام الصفقة (نقض فرنسي ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٩٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ - ص ٩٢٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ ص ٢٢٥) .

(٢) واحتكار الوكالة لا يفترض ، بل يجب اشتراطه ، وقد يستخلص شرط الاحتكار من العرف أو من الظروف (جرينوبل ١٨ يونيو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٤٦٨ - باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ١١) . فإذا وجد شرط الاحتكار ، لم يجوز للموكل أن يعقد صفقة دون وساطة الوكيل المحتكر ، حتى لو كانت هذه الصفقة بشروط أفضل مما اتفق عليه مع الوكيل . أما إذا لم يوجد شرط الاحتكار ، فإنه يجوز للموكل أن يعقد صفقات دون وساطة الوكيل ، وإن كانت الظروف في بعض الأحوال قد تبرر رجوع الوكيل بما أنفقته =

الأجر عن الصفقة التي عقدت بدون وساطته^(١) ، وهذا ما يسمى بالاتفاق على احتكار الوكالة (convention d'exclusivité) . كذلك يكون الأجر في الوكالة مرهوناً بإتمام الصفقة إذا عهد مؤلف إلى ناشر ببيع نسخ من كتابه ، على أن يتقاضى عمولة عن كل نسخة يبيعها ، وتكون عادة نسبة مئوية من ثمن النسخة ، ويغلب أن يكون الناشر محتكراً لبيع الكتاب^(٢) .

وإذا كان شخص واحد هو الوكيل عن الطرفين في الصفقة ، وعلم كل منهما بذلك ، استحق الوكيل الأجر المتفق عليه من كل من الطرفين . وإذا تعدد الوكلاء في الصفقة الواحدة ، لم يكونوا متضامنين في استحقاقهم للأجر ، بل يقسم الأجر عليهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك^(٣) .

٢٧٧ — مقدار الأجر : أما مقدار الأجر ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة ، فقد لا يقوم الطرفان بتعيينه ، بأن يقتصر الوكيل على اشتراط الأجر دون أن يتفق مع الموكل على تعيين مقداره ، أو كما هو الغالب بأن يكون الاتفاق على الأجر ضمناً مستخلصاً من مهنة الوكيل أو من أى ظرف آخر فيكون هناك اتفاق ضمني على أن تكون الوكالة مأجورة دون تعيين لمقدار الأجر . ففي جميع هذه الأحوال ، إذا اختلف الطرفان في تعيين مقدار الأجر ، تولى القاضي تعيين هذا المقدار ، ويرجع في ذلك إلى أهمية العمل وإلى ما يقتضيه

= من مصروفات (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ١١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ وهامش ٧) . كذلك يجوز ، حتى بعد انتهاء الوكالة ، أن يعطى الوكيل أجراً يقدره القاضي عن صفقة يعقدها الوكيل بعد انتهاء الوكالة (نقض فرنسي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٥٥٤) - انظر في القول بأن شرط الاحتكار (القصر) باطل أكثم أمين الخولي فقرة ١٩٦ ص ٢٤٧ هامش ١ - ونرى أن الشرط صحيح على أن يكون شرطاً معقولاً (raisonnable) ، ويغلب أن يكون معقولاً إذا كان محدوداً في الوقت أو في العمل (نقض فرنسي ٧ مايو سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٢١١ - باريس ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ٢ - ١٠٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٥) .

(١) ديچون ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٢٢٩ - بلانيول .

وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٧ - محمد كامل مرسي فقرة ٩٧١

ص ٢٢٦ .

من جهد يبذله الوكيل ، كما يرجع إلى العرف^(١) . وقد نصت المادة ٧٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على أنه « إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يعين بناء على العادة المرعية في المكان الذي انعقدت فيه الوكالة ، وإلا فبحسب الظروف »^(٢) . وقضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن يدخل في تقدير أتعاب المحامي « أهمية الدعوى وثروة الموكل ، والجهد الذي بذله المحامي » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في أتعاب المحامي .

ولكن الغالب ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة ، أن يتفق الطرفان أيضاً على مقدار الأجر . والأصل أن يسرى هذا الاتفاق ، فيتقاضى الوكيل من الموكل المقدار المتفق عليه دون نقص أو زيادة ، أيا كانت النتيجة التي وصل إليها الوكيل في تأدية مهمته^(٣) كما سبق القول . ولكن إذا حالت قوة قاهرة دون أن يؤدي الوكيل مهمته ، أو أصبحت تأدية الوكالة مستحيلة بغير خطأ الموكل ، أو لم يتم الوكيل تأدية المهمة ، فإنه لا يستحق أجراً أو ينخفض مقدار الأجر المتفق عليه بحسب الأحوال ، ويترك ذلك لتقدير القاضي^(٤) . وقد نصت المادة ٧٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على أنه « لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولاً — إذا منعه قوة قاهرة عن الشروع في تنفيذ الوكالة . ثانياً — إذا كانت القضية التي وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثاً — إذا لم تتم القضية التي من أجلها أعطيت

(١) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٣ ص ٢٦٢ — نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ — ١ — ٧٧ — ٨ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٢٢ — جيوار فقرة ١٦٣ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٤٩ — فقرة ٧٥٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ في الهامش .

(٣) وحتى لو اتفق على أن الأجر لا يستحق إلا إذا تمت الصفقة ، فإن الأجر يكون مستحقاً إذا تمت ، ولو لم تنفذ بعد تمامها أو فسخت أو أبطلت (نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ — ١ — ١١٨ — باريس ٢ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٦ — ٢ — ٤٢٤ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٤٢ .

(٤) ترولون فقرة ٦٤١ وما بعدها — بون ١ فقرة ١١٠٦ — لوران ٢٧ فقرة ٢٧ — جيوار فقرة ١٦٥ وفقرة ١٦٨ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٤٣ — باريس ٩ يونيو سنة ١٨٦٩ سيريه ٧١ — ٢ — ١٤٩ .

الوكالة ، ويراعى في هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضاً ، مراعاة لمقتضى الحال» (١) . كذلك تخفض مقدار الأجر المتفق عليه على سبيل التعويض ، إذا ارتكب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة يستوجب مسئوليته (٢) .

ومع مراعاة كل ما قدمناه يبقى أن مقدار الأجر المتفق عليه ، إذا كان فى الأصل واجب الاحترام لأن اتفاق الطرفين انعقد عليه ، قد ورد فى شأنه نص خاص يميزه عن الأجر المتفق عليه فى العقود الأخرى كالإيجار والمقاولة والوديعة . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وخضوع مقدار أجر الوكيل المتفق عليه لتقدير القاضى بقية تخلفت ، كما قدمنا ، عن طابع الوكالة التبرعى الذى لازمها فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . ولما وردت النصوص صريحة فى التقنين المدنى الفرنسى بجواز أن يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق مع الموكل على ذلك ، بقى القضاء الفرنسى متأثراً بأن الأصل فى الوكالة أن تكون تبرعية ، فعمد إلى تقرير قاعدة تقضى بجواز تخفيض أجر الوكيل إذا قدر القاضى أن هذا الأجر مبالغ فيه (٣) . ولم يستند القضاء الفرنسى فى ذلك

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٣٧ سيره ٣٧ - ١ - ٨٨٩ - ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ سيره ٥٥ - ١ - ٥٢٧ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ سيره ٦٣ - ١ - ٢٤٩ - ٩ مايو سنة ١٨٦٧ سيره ٦٧ - ١ - ٢٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٢ سيره ٧٥ - ١ - ١٥٦ - جيوار فقرة ١٦٤ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٣) نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٣٠٢ - ٩ مايو سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٢٤٦ - ٢٩ يناير سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٥٣ - ٨ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٥٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٧٨ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٢١ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ٥ - ٣٣٧ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٤ سيره ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٥٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - ١١ مارس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٠٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه =

إلى نص بل كان قضاء اجتهادياً^(١) ، ومن ثم انقسم الفقه الفرنسي في هذه المسألة^(٢) . ونقل التقنين المدني المصري القديم هذه القاعدة كما قدمنا عن القضاء

= ١٩٣٠-١-٣٠-١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ سيرة ١٩٣٨-١-١١١-٣١ يناير سنة ١٩٣٩
جازيت دي پاليه ١٩٣٩-١-٦١٣-٨ يوليه سنة ١٩٤٢ جازيت دي پاليه ١٩٤٢-٢-١٧٧ .

وأكثر ما يعمد القضاء الفرنسي إلى تخفيضه هو أجر الوكيل إذا كان سمساراً أو وكيلاً بالعمولة أو من رجال الأعمال ، فإن هؤلاء كثيراً ما يستغلون جهل العميل أو حاجته الشديدة فيشترطون لأنفسهم أجوراً باهظة ، تكون غالباً في صورة نسبة مئوية مما يحصلونه لحساب العميل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - دي پاچ ٥ فقرة ٤٣١) . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف عند أجور هؤلاء ، بل شمل بقاعدته أجر الوكيل أيا كان (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - ص ٩٢٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٣) .

(١) وقد استحدثت به حالة جديدة من حالات الغبن بين بالغى سن الرشد : بيدان ٩٢ فقرة ٣١٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٦٥ (وقد جاء فيه أن الفقهاء الرومانيين لم يقصدوا بإدخال الأطباء والمحامين في دائرة الوكلاء تعظيم شأنهم عن أن يكونوا أجراء فحسب ، بل قصدوا أيضاً إخضاع دعواهم في الأجر للرقابة) .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الحولى إلى أن نص المادة ٧٠٩/٢ مدني « يتضمن حالة خاصة يعتد فيها القانون بالغلط في القيمة ، ولا يرتب على هذا الغلط إلا تعديل الأجر » (أكثم أمين الحولى فقرة ١٩١ ص ٢٤٠ هامش ١) . وإذا كان الموكل في كثير من الأحوال ، عندما يتفق مع الوكيل على أجر باهظ ، يسوقه إلى ذلك خطأ في تقدير أهمية العمل محل الوكالة ، فإنه في أحوال أخرى لا يكون مخطئاً في تقدير أهمية العمل ولكن الظروف تضطره إلى قبول كل ما يشترطه الوكيل ، وسرى أن القضاء المصري يستند في تخفيض أجر الوكيل إلى كل من الاعتبارين (انظر ما يلي نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) ففريق من الفقهاء في فرنسا يماشون القضاء الفرنسي ، لا على أساس من القانون ، بل على أساس من العدالة : ترولون فقرة ٦٣٢ - بون ١ فقرة ١١٠٩ - جيوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦ - بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - چوسران ٢ فقرة ٤١٤ - وفريق آخر يعارض هذا القضاء ويذهب إلى عدم جواز تعديل مقدار أجر الوكيل المتفق عليه مادام لا يوجد في القانون نص يحيز ذلك ، وشأن الوكالة في ذلك شأن سائر العقود : ديمولومب في مجلة التشريع ٢٦ سنة ١٨٤٦ ص ٤٤٥ - جلاسون في تعليقه في دالوز ٩٢ - ٢ - ٢٨١ - ليون كان في تعليقه في سيرة ٨٧ - ٢ - ٢٨٢ - بلانيول ٢ فقرة ٢٢٣٦ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤١٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ (وفي أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٦ هامش ٩ ورد أن القضاء الفرنسي قد استقر على جواز تعديل أجر الوكيل متابعاً في ذلك تقاليد توطدت منذ مدة طويلة) - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٣٨ - وقرب بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٨ .

الفرنسي بنص صريح . ثم نقلها التقنين المدني المصري الحديد كما رأينا في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ . وبنيت القاعدة في التقنين المصري على أساس أن التصرف القانوني الذي يعهد به إلى الوكيل يكون عادة أدق في تقدير الأجر عليه من العمل المادي الذي يعهد به إلى الما قول . فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته ، فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطأ في تقدير هذا المقدار ، فأجاز القانون للقاضي أن يصحح هذا الخطأ ، وجعل مقدار الأجر خاضعاً لتقديره^(١) . ويترتب على هذا الأساس الذي قدمناه أمور ثلاثة :

(١) وتضيف أحكام القضاء المصري إلى عامل الخطأ في تقدير الأجر عامل اضطراب الموكل إلى قبول ما يشترطه الوكيل ، فيدخل إدارة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطراب يقارب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحق الممنوح للقاضي بالمادة ٥١٤ مدني (قديم) بتعديل المقابل المتفق عليه بين الموكل والوكيل هو حق استثنائي ، ليرجع القاضي إليه في تقدير الأتعاب عند ما تظهر له قرائن تدل على أن الموكل كان محاطاً بظروف تضطره لقبول كل ما يشترطه الوكيل للاتفاق على مقابل غير مناسب للعمل الذي يؤديه ، وعند عدم وجود هذه الظروف تتبع القاعدة بأن ما يتفق عليه الخصوم يكون ملزماً لهم (استئناف وطني ٢٩ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٧ ص ٩٧) . وقضت أيضاً بأن محل تطبيق المادة ٥١٤ مدني (قديم) هو أنه يظهر بعد حصول الاتفاق على الأتعاب أن العمل لم يكن بدرجة الأهمية التي كانت متوقعة له ، أما فيما عدا ذلك فلا محل لتزويل الأتعاب عن القيمة المتفق عليها ولو رأى القاضي أن العمل الذي عمله الوكيل لا يساوي القيمة التي حصل الاتفاق عليها ، بل في مثل هذه الحالة يعتبر الموكل متبوعاً بالزيادة (استئناف وطني ١١ يناير سنة ١٩٢٥ الشرائع ٢ رقم ١٦٧ ص ١٥٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الموكل قد يكون أحياناً كثير الشفقة بالأمر الذي يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل ، أو يكون مضطرب البال خائفاً من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسعى شخص معين يثق بمقدرته ، أو في أية حالة أخرى من مثل هذه الأحوال التي ربما تؤثر على أفكاره تأثيراً يحمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الأمر . ولما كانت هذه المؤثرات غير كافية للحكم ببطالان العقد بحسب القواعد العمومية ، إذ هي ليست من قبيل الإكراه الأدبي ، وليس فيها شيء من قبيل الغش والتدليس ، فالشارع وضع الاستثناء المحكي عنه وقاية لحقوق الموكل في مثل تلك الأحوال (مصر استئنافي ٢١ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٦٧) . وانظر أيضاً : أسبوط استئنافي أول يولييه سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٧٧ ص ١٢٨ - الجيزة الجزئية ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٠٣ ص ١٢٩٩ - الدلتا ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٥٥ ص ١٤٨٢ - عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٤ ص ١٠٣٤ - استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٦ - ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٧ - ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٣ - ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ - ١١ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٣ .

(الأمر الأول) أنه يجوز للقاضي ، لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه المتعاقدان في تعيين مقدار الأجر ، أن يزيد في هذا المقدار إذا كان غير كاف لحزاء الوكيل على عمله ، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه ، إذ أن النص مطلق يشمل التخفيض والزيادة فهو يجعل الأجر « خاضعاً لتقدير القاضي » . ويتوقف ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، وما لقي فيه من صعوبات ، وما أدى العمل إليه من نتائج . فإن ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيراً على قيمة العمل من هذه النواحي ، خفض القاضي هذا المقدار حتى يتكافأ الأجر مع العمل . وإن ظهر على العكس من ذلك أن العمل الذي قام به الوكيل تكشف عن أهمية غير متوقعة ، أو لقي فيه الوكيل صعوبات لم يكن يحسب لها حساباً^(١) ، أو أدى إلى نتائج تفوق كثيراً ما كان ينتظر ، زاد القاضي في مقدار الأجر حتى يكون مجزياً للجهود التي بذلها الوكيل أو للنتائج التي وصل إليها^(٢) . وإن ظهر أن المتعاقدين لم يخطئوا في تعيين مقدار

(١) استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٢٧ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠

م ٥٢ ص ٢٦٢ .

(٢) يؤكد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد إذ تقول : « إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر ، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضي ، يخفض الأجر أو يزيده تبعاً لما يتبينه من الظروف ، إذ أن الطرفين قد يخطئان في تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه ، فللقاضي أن يصحح هذا الخطأ . وهذا الحكم ، وإن كان مخالفاً للقواعد العامة في العقود ، هو من الأحكام التقليدية في الوكالة ، نقله التقنين المصري الحالي (القديم) عن القضاء الفرنسي ، ونقله المشروع عن التقنين الحالي (القديم) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢) . وعلى هذا جرى القضاء في مصر ، فقضت محكمة النقض بأن المادة ٥١٤ من القانون المدني (م ٧٠٩ مدني جديد) قد أتت بنص مطلق من أي قيد ، شامل بحكم عمومته لطرفي الاتفاق كليهما ولكل تعديل في الأجر المتفق عليه ، سواء بالخط منه أو برفعه . فهي تحمي الموكل من الأجر الباهظ ، كما تحمي الوكيل من الأجر الواكس . وليس يحيد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التي لا تجعل مجلس النقابة مختصاً بتقدير الأتعاب إلا في حالة عدم الاتفاق عليها ، فإن محل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها ، أما المادة ٥١٤ فحلها الاتفاق على الأتعاب . ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفاً ، فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص عموم الثانية (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٥ ص ٤٤١) - وانظر أيضاً : استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١ - استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ - محمد علي عرقة ص ٣٩٧ - أكرم أمين الحولي^١ فقرة ١٩١ ص ٢٣٨ - وقارن محمد كامل مرسى^٢ فقرة ١٧٦ ص ٢٣٦ .

الأجر ، فهو غير مبالغ فيه حتى يجوز تخفيضه ، وهو في الوقت ذاته كاف فلا محل لزيادته ، كان على القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين فلا ينقص في الأجر ولا يزيد . ويجرى القضاء الفرنسي ، كما رأينا ، على أن أجر الوكيل يجوز تخفيضه ، ولكن لا تجوز زيادته^(١) .

(الأمر الثاني) أنه يمتنع على القاضي أن يعدل في مقدار الأجر بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل المقدار المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . ذلك أن دفع الموكل مقدار الأجر طوعاً وقبض الوكيل لهذا الأجر ، بعد أن تبين من تنفيذ الوكالة قيمة ما أداه الوكيل من عمل ، يكون بمثابة إقرار منهما بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجر^(٢) . وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص ، فإن الموكل بدفعه طوعاً كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة في الأجر ، وكذلك الوكيل يكون متبرعاً بما ينقص فيه ، وليس في هذا التبرع من كلا الجانبين ما يخالف النظام العام^(٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩

وإذا خفض القاضي الأجر وكان الموكل قد عجله كاملاً للوكيل ، جاز للأول أن يسترد الفرق من الثاني (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ - نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ - محمد علي عرفة ص ٣٩٧) . ولا يدفع عن الفرق الواجب رده فوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة (جيوار فقرة ١٤٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٤ - محمد علي عرفة ص ٣٩٧) .

(١٠) السين ٩ يناير سنة ١٨٩٤ La Loi ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وهي تشير إلى ما زاده المشروع أخذاً عن القضاء المصري في عهد التقنين المدني القديم : « وزاد فيه ما أدخله القضاء المصري من التعديل في هذه المسألة ، إذ قضى بأن الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، لا يجوز بعد ذلك للقاضي أن يعدل فيه بالنقص أو بالزيادة . ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعاً بعد ذلك وقبضه الوكيل ، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذن لتحكيم القاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢) .

(٣) بل يمكن أن يحمل ذلك على أنه من عطايا المكافأة أو هبات المجازاة - *dons rémunérés* (انظر الوسيط ٥ فقرة ٥ ص ١٦) .

مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ قضت بعدم جواز تعديل مقدار الأجر « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وعلى هذا جرى القضاء الفرنسى (١) ، وجرى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم (٢) . وجرى القضاء أيضاً على عدم جواز تعديل مقدار الأجر ولو لم يدفعه الموكل ، إذا كان قد اتفق عليه مع الوكيل بعد تنفيذ الوكالة ، أى بعد أن يتبين قيمة العمل الذى قام به الوكيل (٣) . ولاشئ فى التقنين المدنى المصرى الجديد يمنع من الأخذ

(١) نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٣٢ - ١ - ٧٨٠ - باريس ١٣ مايو سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١ - ٢ - ٢٧٠ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٥٩٩ - السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ Le Droit ١٧ مارس سنة ١٨٩٢ - وانظر فى الفقه الفرنسى بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٤١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٤ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٦ - ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ - ١١ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٨ - ٢١ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١١ - ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ - ١١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ .

(٣) القضاء المصرى : قضت محكمة النقض بأنه ما دام الموكل - إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل - قد كان ملماً بما أجراه الوكيل ، وكان على بيته من الأمر عند إجراء هذا التقدير ، خالتهى بالمادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا يفيد ، إذ أن حكم هذه المادة لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تمضى قبل أداء الوكيل للعمل (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٧ ص ٧٤٥ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) - وانظر أيضاً : استئناف وطنى ٩ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٥ ص ٢٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤ ص ٥١ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص ٨٧٢ - مصر الوطنية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٥١ ص ٥٠٣ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٦ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ . وما يمنع إعادة النظر فى أجر الوكيل وتخفيضه أن يكون الوكيل قد قبل ألا يأخذ أجراً إذا خسر الدعوى ويتحمل فوق ذلك بالمصروفات (استئناف مختلط =

بهذا الحكم ، ويمكن أن تقاس هذه الحالة على حالة ما إذا دفع الموكل طوعاً المقدار المتفق عليه في عقد الوكالة بعد تنفيذها ، لاتحاد العلة ، ففي الحالتين كان الموكل على بينة من قيمة العمل الذي أداه الوكيل عندما دفع المقدار المتفق عليه أو عندما اتفق مع الوكيل على هذا المقدار (١) .

(الأمر الثالث) أنه لا يجوز الاتفاق ، قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، على أن ينزل الموكل عن حقه في المطالبة بتخفيض الأجر ، أو أن ينزل الوكيل عن حقه في المطالبة بزيادة الأجر . ويجوز هذا النزول من كل من الجانبين بعد تنفيذ الوكالة ، إذ يكون كل منهما قد تبين وقتئذ قيمة العمل الذي تم إنجازه (٢) .

= ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٢) ، أو أن يكون قد اختير من الخارج لكفاية ممتازة ومركز خاص (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٤١) ، أو أن تكون القضية قد انتهت صلحاً وكان متفقاً أن تستحق الأتعاب كلها في حالة الصلح (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

القضاء الفرنسي : روان ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ - ٢ - ٢٢٧ - مونبلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ - ٢ - ٢٠٨ - باريس ١٠ أغسطس سنة ١٨٩٣ Jour trib. com. ١٨٩٤ ص ٤٢٩ - ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٧ - ٢ - ٢١٤ - ٥ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٥٩٥ - السين ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ Le Droit ٩ مارس سنة ١٩٠٤ - وانظر في الفقه الفرنسي بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٤١ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ - ويجوز مع ذلك إنقاص الأجر إذا كشف الموكل عن خطأ في جانب الوكيل بعد إقرار الأجر (مونبلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ - ٢ - ٢٠٨ - باريس ٢٠ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت دي پاليه ١٩٣٢ - ٢ - ٤٧١) .

(١) انظر المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما يلي فقرة ٢٧٩ - ويصح أن يقاس أيضاً على هاتين الحالتين حالة ما إذا أقر الموكل ، بعد تنفيذ الوكالة ، بمديونيته للوكيل بمبلغ معين أجراً له ، مادام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل ، أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار ، فلا يجوز إذن تعديل الأجر الذي أقر الموكل أنه ثابت في ذمته (نقض ملتي ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠ - عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٣٤ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ص ٢٣٤ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز تعديل الأجر إذ قد يكون الموكل مدفوعاً إلى الإقرار لعدم قدرته على الوفاء : محمد علي عرفة ص ٣٩٦ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٩) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥ .

ومقدار الأجر المستحق في ذمة الموكل للوكيل لا ينتج فوائده من وقت استحقاقه ، كما تنتج المصروفات التي ينفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة فوائده من وقت الاتفاق على ما يقضى به صريح النص (م ٧١٠ مدني) ، ولا من وقت الإعذار كما يقضى نص صريح بالنسبة إلى ما يتبقى في ذمة الوكيل من حساب الوكالة (م ٧٠٦/٢ مدني) . وإنما ينتج الأجر فوائده وفقاً لما تقضى به القواعد العامة لعدم ورود نص خاص في هذه المسألة ، فلا يستحق الوكيل فوائده على الأجر الذي حل إلا من وقت أن يطالب الموكل به وبالفوائده مطالبة قضائية ، وعند ذلك تستحق الفوائده بالسعر القانوني (م ٢٢٦ مدني)^(١)

٢٧٨ — زمان دفع الأجر ومكانه : ولم يرد نص خاص في زمان دفع الأجر ومكانه ، فتسرى القواعد العامة .

ومن ثم يكون زمان الدفع هو الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان^(٢) . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . وقد جرى العرف في أتعاب المحامين أن يعجل جزء منها عند الاتفاق ، ويؤجل دفع الباقي إلى حين الانتهاء من الدعوى ، أو يشترط دفعه عند كسبها . فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، يكون الدفع عند انتهاء الوكالة وتصديق الموكل على الحساب^(٣) . ويتقدم الأجر بخمس عشرة سنة من يوم استحقاقه^(٤) .

ويكون مكان الدفع في الجهة التي يتفق عليها المتعاقدان . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، كان الدفع في موطن المدين . أي الموكل ، أو في الجهة التي فيها مقر أعماله إذا كانت الوكالة متعلقة بهذه الأعمال .

(١) جيوار فقرة ١٧٢ — بون ١ فقرة ١١١١ — لوران ٢٧ فقرة ٢٢ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٢ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ — نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ — ١ — ٢٦٩ .

(٢) وإذا طالت مدة الوكالة ، فإنه يغلب أن يشترط الوكيل أن يدفع له الأجر على أقساط دورية (جيوار فقرة ١٧١ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠) .

(٣) جيوار فقرة ١٧١ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠ .

(٤) جيوار فقرة ١٧٢ — بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٥ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٤ — وقد يكون الأخير مستحقاً على أقساط دورية ، كما هو الأمر في أجر وكلاء الدوائر ، فيسقط في هذه الحالة بمضي خمس سنوات (محمد علي عرفة ص ٣٩٩) .

§ ٢ - أتعاب المحامى

٢٧٩ - الأصل فى المحامى أنه يكون بأجر : قدمنا أنه يكون هناك اتفاق ضمنى على أن يكون الوكيل بأجر إذا كانت الوكالة تدخل فى أعمال مهنته التى يكسب منها عيشه^(١) . وهذا هو شأن المحامى ، فهو يكسب عيشه عادة من مهنته . ومن ثم يكون المفروض عند توكيله أن تكون الوكالة بأجر ولولم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك .

على أنه يجوز أن تكون وكالة المحامى بغير أجر ، إذا قبل ذلك ، أوقامت ظروف يستخلص منها قبوله ضمناً التبرع بعمله . ومثل هذه الظروف أن تربط المحامى بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألا يأخذ أجراً على عمله من هذا القريب أو الصديق ، أو أن تكون له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى فى شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف فى هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه فى الشيوع دون أجر^(٢) .

وهناك حالة خاصة أوجب قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على المحامى أن يتولى الدفاع فيها عن موكله دون أجر . فقد نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن « يقوم المحامى المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً ، ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات ، وله على كل حال الرجوع على من ندب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية . ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، ولايسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى . ويعفى من الندب فى القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذين مضى على قيد أسماهم فى جدول المحامين عشرون سنة ، غير أن هذا الإعفاء لايسرى

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ فى الهامش .

على القضايا المدنية أمام محكمة النقض . ويتبين من هذا النص أن المحامي المنتدب عن الفقير من لجنة المساعدة القضائية يعمل مجاناً^(١) ، ومع ذلك يجوز أن يرجع بأتعابه في أحوال ثلاث : (١) إذا كسب الدعوى ، فله أن يرجع على الخصم بأتعاب المحاماة المقدرة في الحكم ضمن المصروفات ، وله أن يطلب تقدير هذه الأتعاب إذا لم تكن مقدرة في الحكم ، ويكون ذلك بأمر على عريضة من المحكمة التي أصدرت الحكم . (٢) إذا زالت حالة فقر موكله ، فله أن يرجع عليه بالأتعاب وفقاً للإجراءات التي سنبحثها عند الكلام في حالة عدم اتفاق المحامي مع موكله على الأتعاب ، وذلك سواء كسب الدعوى أو خسرها . (٣) إذا كان منتدباً للدفاع عن متهم بجناية ، فله أن يطلب من المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية أن تقدر له في حكمها أتعاباً على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيراً ، وقد نصت المادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية في هذا الصدد على أن « للمحامي المعين من قبل غرفة الاتهام أو رئيس المحكمة ، أن يطلب تقدير أتعاب له على الخزانة العامة ، إذا كان المتهم فقيراً ، وتقدر المحكمة هذه الأتعاب في حكمها في الدعوى . ولا يجوز الطعن في هذا التقدير بأي وجه » . وفي غير ما تقدم يكون المحامي وكيلاً بأجر . ويغلب أن يتفق مع موكله على مقدار هذا الأجر ، ومع ذلك قد يغفل هذا الاتفاق . فنستعرض كلا من هذين الفرضين^(٢) :

٢٨٠ — اتفاق على مقدار الأتعاب : تنص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « للمحامي أن يشترط في أى وقت أتعاباً مقابل عمله ، وذلك بغير إخلال بما تقضى به المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل . وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير

(١) ويكون المحامي المنتدب كل سلطة المحامي الموكل في الحدود التي يقتضيها انتدابه ، فله أن ينيب عنه في الحضور أو في المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ، ما لم يكن توكيله مانعاً من ذلك (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٧ ص ١٢) .

(٢) أما المحامي الذى يترافع شخصياً في دعواه التي يرفعها على الغير ، فلا يستحق أتعاباً للمحاماة في هذه الدعوى ، حتى لو حضر محام آخر بالنيابة عنه وكان عمله شكلياً فقط (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٠) .

أتعابه ، أو على مقابل ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . ولا يجوز له في أية حال أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى أو في العمل الموكل فيه . ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى . وتنص المادة ٤٥ من نفس القانون على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفى مكتب المحامى فى حصة من أتعابه » .

ويتبين من هذه النصوص أن للمحامى أن يتفق مع موكله على مقدار الأتعاب ، وما يتفق عليه معه فى ذلك كتابة بلزم الموكل . أما إذا كان الاتفاق غير مكتوب ، فسنرى أن المادة ٤٦ من قانون المحاماة تقضى بأنه عند عدم الاتفاق على الأتعاب كتابة يقدر مجلس النقابة هذه الأتعاب . فتكون الكتابة ركناً شكلياً فى الاتفاق على مقدار الأتعاب ، ويكون الاتفاق الشفوى على هذا المقدار باطلاً ، ويحل محله تقدير مجلس النقابة . ويقيد النص الاتفاق المكتوب على الأتعاب ، فيبطل كل ما من شأنه أن يجعل للمحامى شركة أو مصلحة فى الحق المتنازع فيه الذى هو محل التوكيل . فلا يجوز له أولاً أن يشتري الحق كله أو بعضه ، بل إن المادة ٤٧٢ مدنى تحرم عليه كل ضروب التعامل فى هذا الحق ، فلا يجوز له أن يقايض عليه ولا أن يقبله هبة ولا أن يشارك فيه ولا أن يقترضه^(١) . ولا يجوز له ثانياً أن يتفق على أخذ جزء من الحق فى نظير أتعابه ، ولو بطريق غير مباشر كأن يتفق على مقابل هو سدس أو خمس أو أية نسبة أخرى من قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها^(٢) . ولا يجوز له أخيراً أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى العمل الموكل فيه ، كأن يحدد أتعابه بنسبة المبالغ التى تقام عنها قضايا فى أثناء زمن معين^(٣) . وكل هذه الاتفاقات تعتبر مشاركة فى الحق المتنازع فيه

(١) انظر الوسيط ؛ فترة ١١٣ .

(٢) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٣٠ - استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥ - وإذا أبطل الشرط الذى يعطى المحامى نسبة معينة ، فإن تصفية الأتعاب خارجاً عن ذلك مستحق فوراً على الموكل (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١) .

(٣) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٣٠ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - ومن باب أولى لا يجوز للمحامى أن يشتري الشيء الذى يدعى موكله =

(pacte de quota litis)، وتكون باطلة ، ويحل محلها تقدير مجلس النقابة للأتعاب . ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون الأتعاب في حالة كسب الدعوى أكثر منها في حالة الخسارة^(١) ، ولا على تعجيل جزء من الأتعاب على ألا يستحق الجزء الباقي إلا عند كسب الدعوى ، ولا على جعل استحقاق الأتعاب كلها مرهوناً بكسب الدعوى^(٢) ، ولا على أن تزيد الأتعاب على المقدار المتفق عليه أو تقل عن هذا المقدار بحسب ما يحكم به زيادة أو نقصاً عن مبلغ معين^(٣). ويجوز الاتفاق على أن تكون الأتعاب مبالغ دورية تدفع كل شهر أو كل سنة مثلاً ، وفي هذه الحالة لا يطالب المحامي بأية زيادة إلا إذا قام بأعمال لم يكن في الوسع توقعها عند الاتفاق^(٤) .

فإذا تم الاتفاق على مقدار الأتعاب في الحدود التي بسطناها فيما تقدم ،

= فيه حقوقاً ، حتى لا يصبح خصماً لموكله (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥). كذلك لا يصح أن يكفل المحامي المدين في حق وكله الدائن في قبضه ، حتى لا تتعارض مصلحته ككفيل للمدين مع مصلحة الدائن موكله (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥) .
(١) فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعاب ، ويتفاوت المقدار الواجب دفعه بين الحدين بحسب نتيجة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) .
(٢) بل ويجوز الاتفاق أيضاً على أن يتحمل المحامي بمصروفات الدعوى في حالة الخسارة (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٢) .

(٣) وفي إحدى القضايا اتفق على أن تكون الأتعاب ١٠٠٠٠ جنيه إذا قضى بنفقة سنوية مقدارها ٢٢٠٠ جنيه ، فإذا قضى بنفقة أكثر أو أقل زاد مقدار الأتعاب أو نقص . فقرر مجلس تأديب المحامين أنه وإن كانت الأتعاب المتفق على دفعها تزيد وتتنقص عن المقدار الذي اتخذاً أساساً لتقدير الأتعاب ، إلا أنه لا يمكن أن يعتبر مثل هذا الاتفاق نوعاً من المشاركة في نتيجة الدعوى ، إذ أن مثل هذا الشرط نتيجته أن تكون الأتعاب في الحالين بقدر معين ، وهو في صالح المتعاقدين على السواء ، ومطابق كل المطابقة للقواعد المتبعة في تقدير الأتعاب من حيث مراعاة ما يقضى به . وسواء وجد هذا الشرط أو لم يوجد ، فن المحكم عند وجود الخلاف ورفع القضية أن يراعى القاضي في التقدير ما يحكم به (مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩) .
(٤) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ - وانظر استئناف مختلط

٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨١ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٨ - وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٨٦) ويقضى الحكم بأن المحامي لا يتقاضى زيادة على الأجر الدوري إلا إذا اشترط ذلك) - ويبقى العقد مع المحامي الذي يتقاضى أتعاباً دورية عقد وكالة لا عقد عمل ، ومن ثم يجوز للموكل أن يعزل المحامي حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، وتقدر المحكمة أتعاب المحامي عن العمل الذي قام به إلى وقت العزل (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٧) .

التزم الموكل بدفع هذا المقدار ، دون نظر إلى نتيجة الدعوى ، ما لم يربط الاتفاق مقدار الأتعاب بهذه النتيجة على النحو الذى قدمناه . ومع ذلك يكون هذا المقدار خاضعاً لتقدير القاضى شأن أجر كل وكيل (م ٧٠٩ مدنى) ، وقد نصت المادة ٤٤ من قانون المحاماة على ذلك صراحة كما رأينا إذ تقول : « وذلك بغير إخلال بما تقضى به المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل » . فيجوز للقاضى أن يخفض مقدار الأتعاب إذا وجد هذا المقدار مبالغاً فيه^(١) ، وينظر فى ذلك إلى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى^(٢) كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا . ويصح النظر أيضاً إلى مكانة المحامى وشهرته العامة ، وإلى نتيجة الدعوى^(٣) ، وإلى غير ذلك من العوامل التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلاً^(٤) . وكما يجوز تخفيض الأتعاب تجوز كذلك زيادتها^(٥) ، إذا رأى القاضى أن المقدار

(١) وفى قضية رفعتها امرأة معسرة لإثبات نسب ولدها القاصر ، اتفقت المدعية مع المحامى عنها على أتعاب مقدارها ألف وخمسمائة جنيه بشرط أن ينفق المحامى على الدعوى من ماله الخاص ، وكسب المحامى الدعوى وورث القاصر ثروة كبيرة ، ومع ذلك قررت المحكمة أن الموكلة امرأة ووصية على قاصر وكانت وقت الاتفاق على الأتعاب فقيرة لا تستطيع الإنفاق على الدعوى ، مما يجعل الاتفاق على الأتعاب يداخله إكراه أدبى ، ومن ثم خفضت المحكمة الأتعاب من ألف وخمسمائة جنيه إلى ثلثمائة جنيه (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤٠ ص ٤٢٤) . انظر أيضاً الموسكى أول فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١٥ ص ١٩١ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق على الأتعاب لا يكون محلاً للتخفيض إلا إذا كانت الأعمال التى قام بها المحامى لا تتناسب مع المقدار المتفق عليه (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٦ (ولو كانت المذكرات التى قدمها المحامى موجزة) .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٤ - ولكن خسارة الدعوى لا يترتب عليها أثر فى الأتعاب المتفق عليها (استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٤) مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ - استئناف مختلط ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ - ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٦ - والمحامى أمام محكمة عليا يستحق أتعاباً أكثر من أتعاب المحامى أمام محكمة أقل درجة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٨) .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٤

المتفق عليه غير كافٍ ليجزى المحامي على ما بذل من جهد وما حصل عليه من نتيجة . ويلتزم القاضي عادة بجانب الحيطة في زيادة الأتعاب ، فلا يزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامي لظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها ، كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبدت فيها دفع لم تكن منتظرة ، ولم يكن المحامي ليقبل المقدار المتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك (١) .

ويلاحظ القاضي أن المحامي أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله في الدعوى لما عنده من تجارب وخبرة فنية ، فاحتمال أن يخطئ الموكل في تقدير هذا الجهد مستعلياً أقرب من احتمال أن يخطئ المحامي في تقديره مستدنياً ، ومن ثم تكون الأحوال التي تنخفض فيها الأتعاب أكثر وقوعاً من تلك التي ترفع فيها . وتطبيقاً لنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدني الذي يقضي بعدم جواز تعديل مقدار الأتعاب « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » ، ولنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المحاماة الذي يقضي بعدم جواز التعديل كذلك إذا كان الاتفاق على الأتعاب « قد تم بعد الانتهاء من العمل » ، لا يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار الأتعاب المتفق عليها أو أن يزيد فيها إذا دفع الموكل للمحامي طوعاً بعد الانتهاء من العمل المقدار المتفق عليه وقت التوكيل ، أو صدر إقرار به ، أو إذا كان الاتفاق على مقدار الأتعاب لم يحصل إلا بعد انتهاء المحامي من عمله ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق بيانها (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن يعمل في قيمة أتعاب المحاماة بموجب الشروط المحررة بين الموكل والمحامي عنه ، ومع ذلك يكون للمحكمة حق النظر فيها وتعديلها تكثيراً أو تقليلاً (استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أتعاب المحامي حتى المتفق عليها مقدماً ، وحتى المتفق عليها في صورة سند تحت الإذن قبل القيام بالوكالة ، تكون كأجر كل وكيل خاضعة لتقدير القاضي (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المختلطة ١٠ ص ٢٨ - ٢٩ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠) ، وأن للقاضي أن يرفع الأتعاب أو يخفضها (استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٧٢ (لا تجوز زيادة الأتعاب إلا إذا اقتضت الدعوى جهوداً لم تكن متوقعة : انظر في هذا المعنى أيضاً استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان إقرار الموكل بمديونيته للمحامي بمبلغ معين مقابل أتعاب في الدعوى التي وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذي قام به =

وقد قضت المادة ٤٥ من قانون المحاماة على عادة سيئة لا تتفق مع كرامة المحامى ، فنصت كما رأينا على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفى مكتب المحامى فى حصة من أتعابه » ، ومن باب أولى يحظر على المحامى أن يتصيد القضايا عن طريق سماسرة يشاركونه بحصة من الأتعاب أو فى نظير أى مقابل آخر (١) . هذا ووجود اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب لا يغنى عن وجود اتباع الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات ، عندما يريد المحامى التنفيذ بأتعابه . فلا يجوز له التنفيذ عن طريق أمر على عريضة ، ولا عن طريق وضع الصيغة التنفيذية على الاتفاق المكتوب ، فإن كلتا الطريقتين لاتصلح إلا فى حالة عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب . وكانت الطريقة الأولى متبعة قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ على ما سنرى ، والطريقة الثانية هى التى نص عليها قانون المحاماة منذ سنة ١٩٣٩ عند عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب

= المحامى فى الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل ، وكان المحامى قد حرر فى تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه فى قضية أخرى بلا أجر تقديراً منه لثقتة فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار ، فن الخطأ فى التكييف أن تعتبر الحكمة الإقرار والتعهد اتفاقاً واحداً يكمل أحدهما الآخر ، فإنهما فى الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانوناً ، إذ أولها إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء فى الحال ، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر ، وبناء على ذلك لا يجوز فى هذه الصورة التحدى بحكم المادة ٥١٤ مدنى (قديم) (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة سمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن سلطة القاضى فى النظر فى مقابل أتعاب المحاماة وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه محلها أن يكون الاتفاق على الأتعاب قد حرر فعلاً وقبل البدء فى رفع الدعوى وبقيود خاصة تبيح للقاضى استعمال هذه السلطة ، أما والأتعاب قد قدرت من بعد انتهاء العمل فلا سبيل للقاضى إلى النظر فيها بوجه من الوجوه (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص ٨٧٢) .

وانظر استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٨ - مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩ . (١) وقضى قبل ذلك بأنه إذا ناب شخص عن محام فى قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسلم النقود مقابل ذلك فى جميع الإيراد ، كان ذلك عقد وكالة لا عقد شركة ، ومن ثم يكون الاختلاس الواقع من هذا الشخص معاقباً عليه بعقوبة التهديد (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥) .

وإذا استعان المحامى بمحاميين آخرين فى عمله ، فليس للموكل علاقة بهؤلاء المحامين الآخرين ، ولا تجب عليه ثم أتعاب ، وتقتصر علاقتهم على المحامى الأصل (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٦) .

وتقديرها بواسطة مجلس النقابة . أما إذا وجد اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ، فإن كان الاتفاق في ورقة رسمية أمكن التنفيذ بها وفقاً للقواعد المقررة في التنفيذ بالأوراق الرسمية ، وإن كانت الورقة عرفية وجب على المحامي رفع الدعوى أمام القضاء والحصول على حكم قابل للتنفيذ . وبعد الحصول على هذا الحكم ، يجوز للمحامي أن يأخذ به حق اختصاص بعقارات موكله وفقاً لأحكام المادة ١٠٨٥ مدني وما بعدها ، كما أن للأتعاب المحكوم بها حق امتياز على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل وفقاً لأحكام المادة ٥ من قانون المحاماة ، وسيأتي تفصيل ذلك^(١) .

٢٨١ - عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب - قيام مجلس النقابة

بالتقرير : قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ ، جرت المحاكم على أن يكون تقدير أتعاب المحامي ، عند عدم الاتفاق على مقدارها ، بأمر على عريضة تقدم للمحكمة التي أصدرت الحكم ، باعتبار أن الأتعاب تدخل ضمن مصروفات الدعوى وهذه تقدر على هذا النحو وفقاً لأحكام المادتين ١١٦/١٢٧ و ١٢١/١٣٠ من تقنين المرافعات القديم . وساعد على ذلك أن كان هناك نص صريح في هذا المعنى بالنسبة إلى المحاكم المختلطة ، فقد كانت المادة ١٩٧ من الأمر العالي الصادر في ٩ يونيه سنة ١٨٨٧ بالتصديق على اللائحة العامة للمحاكم المختلطة ، وقد أصبحت المادة ١٦٠ من اللائحة العامة القضائية للمحاكم المختلطة المصدق عليها بالمرسوم الصادر في ٩ يولييه سنة ١٩٣٩ ، تنص على أنه « في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على قيمة الأتعاب أو عدم تراضيهما على هذه القيمة ، تقدر الأتعاب بمعرفة القاضي الذي تمت المرافعة في الدعوى أمامه ، على أن يراعى في هذا التقدير أهمية النزاع وقيمة العمل في حد ذاته والعناية الخاصة التي استلزمها والزمن الذي استغرقه والمركز المالي للخصوم »^(٢) . ولكن محكمة النقض لم تقر بالنسبة إلى القضاء

(١) انظر ما يلي فقرة ٢٨٢ .

(٢) أما إذا وجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فتكون المطالبة بطريق رفع الدعوى العادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمحامي أن يطلب من المحكمة تقدير أتعابه إلا في حالة عدم وجود اتفاق خاص بالأتعاب ، فإذا وجد وجب عليه أن يرفع دعوى عادية (استئناف =

ما جرت عليه المحاكم في هذا الشأن^(١)، وقضت بأن تقدير الأتعاب إذا اختلف

= مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١ - ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥١ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ .
وإذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فالنص صريح ، بالنسبة إلى القضاء المختلط كما رأينا ، في جواز أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة : استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥١ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ - على أنه لا يوجد ما يمنع ، حتى إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، من الالتجاء إلى الدعوى العادية للتقدير : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٢ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى مصر الوطنية استئناف ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٨٧ - وإذا قدر المحامي أتعابه في مذكرة أرسلها للموكل قبلها ، لم يجوز للمحامي أن يعود إلى طلب تقدير أتعابه (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٣٢) .

أما تقدير أتعاب المحامي في غير الدعوى القضائية فيكون بطريق الدعوى العادية : استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٠ .

(١) فقد كان القضاء الوطني ، إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، يجري ، دون أن يستند إلى نص في ذلك ، على أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن جواز طلب تقدير أتعاب المحامي على موكله بطريق العريضة لم يأت به نص صريح في القانون ، وإنما جرى به العمل قضاء توسعاً في تطبيق المادتين ١٢٧ و ١١٦ مرافعات ، وذلك على ما يظهر باعتبار أن أتعاب المحاماة في هذه الحالة قد يمكن تشبيهها بشيء من مصروفات الدعوى الأصلية ، وأيضاً بفكرة أن هذا الطريق يكون أخصر في الإجراءات وأوفر في الكلفة وأدعى إلى إدراك محجة الصواب ، لأن الهيئة التي تولت الفصل في الدعوى هي أدرى وأعلم بحقيقة حالة تلك الدعوى وبظروفها الخاصة وما استلزمته من جهود واقتضته من وقت وأبحاث ، وهي ظروف قد تنحى كثيراً على من لم يكن ملماً من الأصل بالدعوى تمام الإلمام . ومهما يكن من أمر هذا التوسع من الوجهة القانونية ، فالقضاء في تطبيقه قد قصره صراحة على الحالة التي لا يوجد فيها بين المحامي وموكله اتفاق سابق يحدد لمقدار الأتعاب ، لأن الالتجاء في هذه الحالة إلى هيئة المحكمة قد يكون معقولا نظراً إلى خبرتها بالدعوى أكثر من غيرها . وأما إن وجد الاتفاق على الأتعاب ، فتتقدم الظروف الملجئة لاتخاذ هذا الطريق الاستثنائي الذي قد يكون فيه حرمان الموكل =

المحامى مع موكله فى تعيين مقدارها خصومة جديدة موضوعية ، لا يبت فيها بطريق أمر على عريضة ، بل برفع دعوى أمام المحكمة المختصة^(١) .

ثم صدر قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ ، وألغى بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ ، وألغى هذا القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وهو القانون المعمول به الآن . وفى هذه القوانين الثلاثة جعل أمر تقدير الأتعاب ، إذا لم يكن متفقاً على مقدارها ، إلى مجلس النقابة وفقاً لإجراءات مرسومة وتحت رقابة القضاء . فأصبح من المتعين اتباع هذه الإجراءات دون غيرها فى تقدير أتعاب المحامى^(٢) ، إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدارها . وتنص المادة ٤٦ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « يقدر مجلس النقابة أتعاب المحامى بناء على طلبه أو طلب الموكل ، وذلك عند عدم الاتفاق عليها كتابة . وللمجلس أن يشكل لجنة أو أكثر من أعضائه تتألف كل منها من خمسة أعضاء ، للفصل فى طلبات التقدير ، ويكون اجتماعها صحيحاً بحضور ثلاثة من أعضائها ، ويعتبر القرار الصادر فى هذا الشأن صادراً من المجلس . ويجب أن تخطر النقابة المطلوب التقدير ضده بصورة من طلب التقدير وبالجلسة التى تحدد لنظره بكتاب موصى عليه ، ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته كتابة فى المدة التى تحددها اللجنة ، كما يجب إخطار طالب التقدير بالجلسة المحددة لنظر الطلب . وعلى المحامى أن يعلن موكله بصورة من أمر التقدير الصادر من مجلس النقابة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من رئيس المحكمة الابتدائية أو الحزئية التابع لها محل إقامة المحامى حسب الأحوال . ولا تكون أوامر التقدير نافذة إلا بعد انتهاء ميعاد الطعن وتقديم شهادة مثبتة

من مزايا الدرجتين ، ولا يبقى فى هذه الحالة إلا الرجوع إلى طرق التقاضى الاعتيادية (استئناف مصر ١٩ سبتمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٨ رقم ١٣ ص ٣٥) . وانظر أيضاً مصر الشرعية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة الشرعية ٢ رقم ٦٨ ص ٥٨٨ - الجيزة الشرعية ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ٤ رقم ٢١٢ ص ٦٥٤ - وقارن الإسكندرية الشرعية ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٦ رقم ٢٩ ص ١٢٧ .

(١) نقض مدنى ١٤ يوليه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٤ ص ٤٢٣ .

(٢) الأزبكية ٢٦ يوليه سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٥٨ ص ١١١٨ - وانظر عكس.

ذلك وأنه يجوز إلى جانب الالتجاء إلى مجلس النقابة ، الالتجاء إلى القضاء العادى : المحلة الكبرى ، ١٣ أبريل سنة ١٩٤٠ سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٧٨ ص ٣٩٣ .

لذلك . وإذا كان المبلغ المطلوب تقديره لا يجاوز مائة جنيه ، كان حق الفصل فيه للجان الفرعية في حدود الأحكام السابقة ، على أن تبلغ قراراتها إلى مجلس النقابة في مدى أسبوعين من تاريخ صدورها . وفي جميع الأحوال تتبع قواعد الإثبات المقررة قانوناً عند نظر الطلب . ويلاحظ أن مجلس النقابة ، عند تقديره الأتعاب ، ينظر إلى « أهمية الدعوى ، وثروة الموكل ، والجهد الذي بذله المحامي » كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا ، كما ينظر إلى العوامل الأخرى التي يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلاً ، ومن ذلك القيمة الفنية للعمل وما استغرقه من وقت^(١) ومكانة المحامي وشهرته العامة ونتيجة الدعوى كما سبق القول .

ومجلس النقابة في تقديره للأتعاب يمارس ولاية قضائية^(٢) ، فإن قبل الطرفان قضاءه ، صراحة أو ضمناً بعدم التظلم منه ، كان أمر التقدير واجب التنفيذ بعد أن يضع عليه رئيس المحكمة الصيغة التنفيذية على النحو السالف

(١) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٣٦ ص ٢١٥ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن خلو القانون من النص على اعتبار مجلس النقابة - عند تقدير أتعاب المحامي - من الهيئات القضائية أو الإدارية ذات الاختصاص القضائي ومن أن نقيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات ، لا يمنع من أن يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء في هذا الخصوص . وتقدير مجلس النقابة للأتعاب يعد فصلاً في خصومه ، إذ أن الالتجاء إلى المجلس جائز لأي من المحامي والموكل عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة لنظره بخطاب موصى عليه . ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامي أو الموكل تنعقد به الخصومة القضائية بينهما ، بما يضفي على مجلس النقابة ولاية الفصل في النزاع . ومتى كان تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامي أو الموكل إعلاناً بخصومة ، فإنه يترتب عليه آثار المطالبة القضائية ، ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدني (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢) .

انظر عكس ذلك وأن مجلس النقابة لا يعتبر درجة من درجات التقاضي بل هوجة فنية يستأنس برأيها قبل عرض الأمر على القضاء ، فإن قبل الخصوم هذا الرأي كان هذا بمثابة اتفاق بينهما وإلا فلائى من الخصوم التظلم إلى القضاء : استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٩٥ ص ٢٦٧ - محمد على عرفة ص ٤٤٠ - وقرب استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٣ (لا يجوز توقيع حجز تحفظي بموجب أمر التقدير) .

الذكر . أما إذا رفضاه أو رفضه أحدهما ، فلمن رفض أن يتظلم من أمر التقدير على النحو الذى فصلته المادة ٤٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، وتنص على ما يأتى : « للمحامى والموكل حق التظلم فى أمر التقدير فى خلال خمسة عشر يوماً التالية لإعلانه بالأمر ، وذلك بتكليف خصمه بالحضور أمام المحكمة المقيم بدائرتها المحامى كلية كانت أو جزئية حسب قيمة الطلب . وينظر التظلم فى أمر التقدير على وجه الاستعجال وبغرفة المشورة ، ويكون الحكم الصادر فى التظلم غير قابل للطعن فيه بطريق المعارضة . ويجوز أن يشمل الحكم الصادر فى التظلم بالنفاذ الموقت . ويجوز الطعن فى الأحكام الصادرة فى التظلم بكافة أوجه الطعن العادية وغير العادية ما عدا المعارضة ، وتتبع فى ذلك القواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات . وينظر الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم بغرفة المشورة بطريق الاستعجال » (١) .

٢٨٢ - الضمانات التى تكفل أتعاب المحامى : إلى جانب الضمانات العامة التى تكفل حقوق الدائن ، نص قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ضمانين خاصين بأتعاب المحامى (٢) :

(الضمان الأول) حق اختصاص المحامى بعقارات مدينه . ولا يقصد بهذا حق الاختصاص الذى يستطيع الحصول عليه كل دائن بيده حكم واجب التنفيذ ، فهذا حق يستطيع المحامى ، أسوة بسائر الدائنين ، الحصول عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر به حكماً واجب التنفيذ وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة فى حق الاختصاص ، وقد تقدمت الإشارة إلى

(١) وتنص المادة ٤٨ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « تحصل أقلام كتاب المحاكم رسوماً بنسبة اثنين فى المائة من المبالغ المقدرة التى لا تزيد قيمتها على ٣٠٠ جنيه . عند وضع الصيغة التنفيذية على أوامر التقدير ، وما زاد على ذلك يحصل عنه واحد فى المائة » .

(٢) وذلك إلى جانب الضمانات الأخرى التى خولها القانون للوكيل لكفالة حقوقه نحو موكله ، وهى تضامن الموكلين نحوه وحق المحامى فى حبس المال الذى يقع فى يده لموكله حتى يستوفى حقوقه ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الضمانات التى تكفل التزامات الموكل (انظر ما يلى فقرة ٢٩٥ وما بعدها) . أما المستندات والأوراق التى تكون فى يد المحامى لموكله ، فهذه يجب أن يردّها إليه وليس له الحق فى حبسها ، وتتبع فى ذلك أحكام المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وقد سبق ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش) .

ذلك^(١) . ولكن الذى استحدثه قانون المحاماة هو بجواز حصول المحامى على حق اختصاص ، إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر المحامى أمر تقدير من مجلس النقابة ، فله أن يحصل على حق الاختصاص بموجب أمر التقدير هذا دون أن يكون بيده حكم واجب التنفيذ . وقد نصت المادة ٤٩ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « للمحامى الذى صدر له أمر بتقدير أتعابه أو محضر صلح مصدق عليه من المجلس أو من المحكمة أو حكم صادر فى الطعن أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر أمر التقدير أو الحكم ضده أو محضر الصلح » . والنص لا يضيف جديداً فيما إذا حصل المحامى على حق الاختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن واجب التنفيذ فالمادة ١٠٨٥ / ١ مدنى تعطيه هذا الحق ، أو حصل عليه بموجب محضر صلح مصدق عليه من المحكمة إذ يكتفى فى ذلك الاستناد إلى المادة ١٠٨٧ مدنى . ولكن الجديد الذى استحدثته المادة ٤٩ من قانون المحاماة هو أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب أمر تقدير صادر من مجلس النقابة بعد شموله بالصيغة التنفيذية وانقضاء ميعاد التظلم فيه ، فإن هذا الأمر ليس بحكم واجب التنفيذ ومع ذلك يؤخذ به حق اختصاص ، أو أن يحصل على حق الاختصاص بموجب صلح مصدق عليه من مجلس النقابة دون حاجة لأن يكون محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة^(٢) .

(الضمان الثانى) حق الامتياز على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل . وهذا الحق أعطى لأتعاب المحامى ، سواء كان هناك اتفاق على مقدارها أو حددت بأمر تقدير . ويظهر حق الامتياز هذا عندما ينفذ المحامى ، سواء بحكم واجب التنفيذ ، أو بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ فى آخرها .

(٢) وهذا يعزز ما قضت به محكمة النقض من أن مجلس النقابة عند تقديره لأتعاب المحامى يمارس ولاية قضائية (انظر آنفاً ٢٨١ فى الهامش) - هذا إلى أنه يجوز أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن فى أمر التقدير ، ولو لم يكن هذا الحكم واجب التنفيذ . ويجوز ، فوق ذلك ، التنفيذ بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وكذلك بمحضر صلح مصدق عليه من مجلس النقابة ، ويكون هذا وذلك فى قوة الأوراق الرسمية من ناحية التنفيذ .

انقضاء ميعاد التظلم ، أو بمحضر صلح مصدق عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة ، فتكون الأتعاب ممتازة ، لا بالنسبة إلى أموال الموكل عامة ، بل بالنسبة إلى المال الذي آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وتنص المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في هذا الصدد على ما يأتي : « تكون أتعاب المحامي على موكله من الديون الممتازة بالنسبة إلى ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وهذا الامتياز يلي في المرتبة الأحوال المنصوص عليها في المادتين ١١٣٨ و ١١٣٩ من القانون المدني ، على ألا يمس هذا الامتياز الحقوق العينية المسجلة قبل رفع الدعوى أو تقديم طلب التقدير . وكانت أتعاب المحامي ، قبل أن تعطى حق امتياز بنص صريح في قوانين المحاماة المتتالية ، مختلفاً في أن تكون حقاً ممتازاً ، فقضت بعض المحاكم بأنها تعتبر من قبيل المصروفات القضائية وتكون مضمونة بامتيازها^(١) . وحسم هذا الخلاف النص الصريح الذي ورد في قانون المحاماة على النحو الذي رأيناه . فأتعاب المحاماة حق ممتاز على ما يؤول للموكل في النزاع عقاراً كان أو منقولاً ، فهو حق امتياز خاص على العقار وعلى المنقول . وهو إذا ورد على عقار غير خاضع للشهر فلا يقيد ، لأن الامتياز الخاص على العقار الخاضع للقيد يأخذ مرتبته من وقت القيد ، أما أتعاب المحامي فقد حدد النص مرتبتها بغير وقت القيد إذ تأتي في المرتبة بعد المصروفات القضائية المذكورة في المادة ١١٣٨ مدني وبعد المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ - ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ - ولكن إذا كان المحامي وكيلاً عن أحد دائي المدين في دعوى أفادت باق الدائنين ، كالدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، واستخلص بحكم صدر لمصلحة الدائن من لا للمدين أمكن التنفيذ عليه لمصلحة جميع الدائنين ، فإن المحامي يتقدم بأتعابه على جميع هؤلاء الدائنين في المال الذي استخلصه لهم ، لأن هذه الأتعاب تدخل هنا دون شك في مصروفات حفظ أموال المدين وبيعها طبقاً لأحكام المادة ١١٣٨ مدني (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص ٦٧٩) .

وقد قضى في فرنسا بأن أتعاب المحامي تعتبر من قبيل مصروفات الحفظ والصيانة وتتمتع بامتياز هذه المصروفات (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٨٥ والأحكام المشار إليها - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص ٦٧٨) .

المذكورة في المادة ١١٣٩ مدني ، وقبل حقوق الامتياز الأخرى خاصة كانت أو عامة . فإذا فرضنا أن المحامي في دعوى استحقاق حصل على حكم باستحقاق موكله للعقار المتنازع فيه ، فإن أتعابه تكون ممتازة على هذا العقار . وثأني مرتبتها بعد مرتبة المصروفات القضائية ومرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، فيستوفي المحامي أتعابه من ثمن هذا العقار بعد أن توفي المصروفات القضائية التي أنفقت في التنفيذ على العقار والضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للخزانة العامة . ويتقدم المحامي بأتعابه على سائر الدائنين ، ولو كان لهم حق عيني على هذا العقار كامتياز أورهن أو اختصاص ، ما لم يكن هذا الحق العيني مقيداً قبل أن يرفع المحامي دعواه بالأتعاب أو قبل أن يقدم طلباً إلى مجلس النقابة بتقديرها ، ففي هذه الحالة يتقدم هذا الحق المقيد على أتعاب المحامي . أما إذا كان الحق العيني مقيداً بعد رفع المحامي لدعواه أو بعد تقديمه لطلب التقدير ، فإنه يتأخر في المرتبة عن أتعاب المحامي ، حتى لو كان مقيداً قبل صدور الحكم في دعوى المحامي أو قبل صدور أمر التقدير (١) .

٢٨٣ — سقوط الأتعاب بالتقادم : وتنص المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب ، عند عدم وجود سند بها ، بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٣٧٦ مدني على أن « تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » . ونصت المادة ٣٧٩ مدني على أن « ١ — يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقديمات أخرى . ٢ — وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (٢) .

(١) محمد علي عرفة ص ٤٤٤ .

(٢) وكانت المادة ٢٧٣/٢٠٩ من التقنين المدني القديم تجعل مدة التقادم ثلاثاً وستين يوماً ، وتوجب المادة ٢٧٦/٢١٢ على الموكل أن يحلف يميناً على أنه أدى حقيقة للمحامي =

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب التمييز ، في سقوط أتعاب المحامي بالتقادم ، بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون بيد المحامي سند بالأتعاب . ويتحقق ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ولم يحصل المحامي على أمر تقدير من مجلس النقابة . ففي هذا الفرض تسقط أتعاب المحامي بالتقادم بمضي خمس سنوات ، تسرى من تاريخ انتهاء التوكيل^(١) . وغنى عن البيان أن الأتعاب تشمل كل ما يستحقه المحامي في ذمة الموكل جزاء عما أداه من عمل يدخل في أعمال مهنته ، كما تنص صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٧٩ مدني فيما رأينا . ومن ثم تسقط الأتعاب بخمس سنوات ، ولو كانت مستحقة عن عمل ليس نزاعاً قضائياً كتحرير عقد أو قسمة شركة أو إجراء صلح أو تحكيم أو اتخاذ إجراءات لشهر حق خاضع للشهر^(٢) . وتسرى مدة التقادم من الوقت الذي يتم فيه المحامي مهنته بحسب التوكيل الصادر له . فإذا كان موكلاً في قضايا متعددة يقوم بينها ارتباط يجعلها كلاً لا يقبل التجزئة ، أو اتفق صراحة أو ضمناً على ألا تستحق الأتعاب إلا بعد الانتهاء منها كلها ، فالتقادم لا يسرى إلا بعد الانتهاء من آخر قضية من هذه القضايا^(٣) . وينقطع التقادم بإقرار الموكل بحق المحامي صراحة أو ضمناً (م ٣٨٤ / ١ مدني) ، وبمطالبة المحامي بأتعابه عن

= الأتعاب التي في ذمته . فجاءت قوانين الحماية السابقة على العمل بالتقنين المدني الجديد معدلة لهذه النصوص ، فنصت مثلاً المادة ٥٠ من قانون الحماية رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٩ من القانون المدني الأهلي لا يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها إلا بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وإطالة المدة إلى خمس سنوات بدلاً من ثلثائة وستين يوماً أعفت الموكل من حلف اليمين ، فكان يكفي أن يتمسك بالتقادم الحمسي حتى يحكم بسقوط حق المحامي (محمد على عرفة ص ٤٤٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامي في الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف ، بل إنه كان لا يزال مكلفاً بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد للمحكمة لسبب ما ، ومن ثم لا موجب لسريان مدة سقوط الحق في الأتعاب ، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع في الدعوى ، بما لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

(٢) محمد على عرفة ص ١٤٦ - عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ - استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ الحماية ١٥ رقم ١٢٠ ص ٢٤٤ .

(٣) محمد على عرفة ص ١٥٥ .

طريق تقديم طلب لمجلس النقابة بتقديرها ، لأن هذه المطالبة إعلان بخصومة أمام جهة لها ولاية القضاء ، فتترتب عليها آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٣ مدني (١) .

(الفرض الثاني) أن يكون بيد المحامي سند بالأتعاب . ويغلب أن يكون السند اتفاقاً مكتوباً بمقدار الأتعاب ، كما يصح أن يكون أمر تقدير صادراً من مجلس النقابة مشمولاً بالصيغة التنفيذية ، أو حكماً صادراً من المحكمة ، أو محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة (٢) . ففي جميع هذه الأحوال لا تتقادم الأتعاب إلا بالمدة الطويلة ، أي بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أو صدور أمر التقدير أو الحكم أو محضر الصلح . ويستفاد هذا من نص المادة ٥١ من قانون المحاماة سالف الذكر ، فهو لا يجعل مدة التقادم خمس سنوات إلا عند « عدم وجود سند بالأتعاب » ، فإذا وجد هذا السند وجب تطبيق القواعد العامة والرجوع إلى التقادم الطويل (٣) . ويقطع في ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني ، فيما رأينا ، من أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (ويدخل في ذلك الحق في الأتعاب) ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . ويقطع في ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٣٨٥ مدني من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول ، إلا أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة .

المطلب الثاني

رد المصروفات

٢٨٤ - نص قانوني : تنص المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢ - وانظر آنفاً فقرة ٢٨١ في الهامش .

(٢) ولا يسرى التقادم الخمسي على الأتعاب المحكوم بها للخصم الذي كسب الدعوى ، إذ هي تدخل في المصروفات التي تكبدها ، فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل (محمد علي عرفة ص ٤٤٦ - محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢) .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ .

« على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المواد ٥٢٦ - ٥٢٨/٦٤٧ - ٦٤٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٢ - ٧٩٣ وم ٧٩٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية « لعدم الحاجة إليها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٤٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٧ - ص ٢١٨) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٢٦/٦٤٧ : . . وله الحق في فوائد النقود التي دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها .

م ٥٢٧/٦٤٨ : على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل . . .
م ٥٢٨/٦٤٩ : وعليه أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً ، أيا كانت نتيجة العمل ، إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه .

(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤١ (توافق النص المصرى كما ورد في المشروع التمهيدى) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٢ : على الموكل أن يقدم للوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكالته ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص مخالف .

م ٧٩٣ : يجب على الموكل : أولاً - أن يدفع إلى الوكيل كل ما أسلف من المال وما قام به من النفقات في سبيل تنفيذ الوكالة ، عملاً يخرج عن حيز اللازم لهذا الغرض . وإذا كان يحق له أجر ، وجب أدائه مع قطع النظر عن نتيجة العمل ، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إلى الوكيل . =

ويتبين من النص سالف الذكر أن الموكل يلتزم بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من مبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ، ويلتزم برد ما أنفقته الوكيل من ماله الخاص في تنفيذ الوكالة ، ويدفع الفوائد على هذه المصروفات من وقت الإنفاق . ثم إن التزام الموكل برد المصروفات وفوائدها قد يسقط بالتقادم : فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب .

٢٨٥ — التزام الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات :

إذا اشترط الوكيل صراحة أن يقدم له الموكل المصروفات الواجب إنفاقها لتنفيذ الوكالة ، التزم الموكل بذلك بموجب هذا الشرط الصريح . على أن هنالك أيضاً أحوالاً يظهر فيها بوضوح أن تنفيذ الوكالة يقتضى أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة ، فهذه المبالغ يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل بموجب شرط ضمني يستخلص من الظروف ، وإذا طلب الوكيل من الموكل تنفيذ هذا الالتزام وتقديم هذه المبالغ وجب على الموكل تقديمها . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في شراء عقار بثمن كبير ، فالمفروض أن الوكيل قد قصد بقبوله الوكالة أن يقدم له الموكل الثمن حتى يستطيع شراء العقار ونقد المشتري ثمنه ، ولا يفرض أن الوكيل قد قبل أن يدفع الثمن من ماله الخاص وهو مبلغ كبير قد لا يكون متوافراً عنده . فإذا طلب الوكيل من الموكل تقديم الثمن حتى يتمكن من تنفيذ الوكالة ، وجب على الموكل أن يفعل ذلك . وكشراء العقار شراء الأسهم والسندات في البورصة ، يكون المفروض أن الموكل قد التزم بتقديم ثمنها للسمسار عند شرائها حتى يدفعه هذا للبائع ، فإذا طلب السمسار تقديم الثمن وجب على الموكل تقديمه . وإذا اقتضى تنفيذ الوكالة

= ثانياً — أن يرفع عن عاتق الوكيل الموجبات التي ارتبط بها من جراء تنفيذ الوكالة . على أن الموكل لا يلتزم بالموجبات التي ارتبط بها الوكيل ولا بالخسارة التي تحملها خطأ ارتكبه أو لأسباب خارجة عن الوكالة .

م ٧٩٦ : إذا تفرغ الموكل عن القضية لشخص آخر ، فهو يبقى مسؤولاً لدى الوكيل عن جميع نتائج الوكالة طبقاً لمقتضى المادة ٧٩٣ ، ما لم يكن ثمة نص مخالف رضى به الوكيل . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين اللبناني لا ينص على التزام الموكل بدفع فوائد على المصروفات التي أنفقها الوكيل من يوم الإنفاق ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة ، وفيما عدا أن التقنين اللبناني ينص صراحة على بقاء الموكل ملتزماً نحو الوكيل حتى لو تفرغ عن القضية موضوع الوكالة وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

سفرًا طويلاً يكلف الوكيل نفقات كبيرة ، فالمفروض هنا أيضاً أن الموكل قد التزم بتقديمها له قبل السفر ، وعليه أن يقدمها إذا طلب الوكيل ذلك . والمفروض كذلك أن الموكل قد التزم نحو المحامي أن يقدم له رسوم القضية ، قبل رفعها ، ولو كان المحامي قد رضى بتأجيل دفع الأتعاب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدماً ما ينفق منه على شؤون الوكالة ، كالمحامي يتقاضى من موكله مقدماً الرسوم القضائية الواجب دفعها » (١).

فإذا لم يتم الموكل بتنفيذ التزامه من تقديم المصروفات اللازمة لإنفاقها فى شؤون الوكالة ، سواء كان هذا الالتزام بموجب اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى ، كان للوكيل أن يطلب التنفيذ العيني ، كما أن له أن يقف تنفيذ الوكالة حتى يتقاضى هذه المصروفات ، وله أخيراً أن يطلب فسخ الوكالة مع التعويض إن كان له مقتضى ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . هذا إلى أن للوكيل بداهة أن يتنحى عن الوكالة كما سيأتى ، وذلك بغض النظر عما إذا كان الموكل قد قام أو لم يتم بالتزامه .

٢٨٦ — التزام الموكل برد ما أنفق الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ

الوكالة : على أنه كثيراً ما يقع أن ينفق الوكيل من ماله الخاص ما يستلزمه تنفيذ الوكالة ، أما لأنه لا يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على أن يقدم الموكل هذه النفقات ، وإما لأن الوكيل لم يطلب من الموكل تقديمها وقام هو بالإنفاق من ماله الخاص . فيلتزم الموكل فى هذه الحالة بأن يرد للوكيل ما أنفق فى تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إدارة أعماله ، رجع الوكيل على الموكل بما أنفق فى إدارة هذه الأعمال ، كأن دفع أجوراً لعمال استلزمت الإدارة عملهم أو لمعاونين استعان بهم فى عمله ، أو اقتضته أعمال الإدارة أسفاراً دفع نفقاتها ، أو اقتضته رفع دعاوى دفع رسومها وأتعاب المحامين فيها ، وما إلى ذلك من النفقات التى تقتضيها أعمال إدارته . وإذا وكل شخص فى إدارة أرض زراعية ، رجع على موكله بما أنفق فى شراء السماد والبذور ومبيدات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ .

الحشرات وحرث الأرض وربها وجنى المحصول . أما إذا اقتضته إدارة الأرض أن يشتري آلات زراعية ومواشى أو أن يقيم مباني ، فيغلب أن تكون هذه النفقات الكبيرة مما يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل قبل أن يقوم بهذه الأعمال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . كذلك إذا وكل شخص فى شراء عقار ، فيغلب أن يقدم الموكل الثمن للوكيل كما أسلفنا القول ، وقد يقوم الوكيل بعد ذلك ببعض النفقات كدفع السمسة ومصروفات كتابة العقد والتسجيل فهذه يرجع بها على الموكل^(١) . ويدخل أيضاً فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل ما عسى أن يكون الأول قد التزم به شخصياً نحو الغير فى سبيل تنفيذ الوكالة ، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك ، وإما لأنه كان يعمل مسخراً باسمه الشخصى ولحساب الموكل كما سنرى عند الكلام فى الاسم المستعار . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧١٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى بما يأتى : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً »^(٢) . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها »^(٣) . وليس النص فى الواقع من الأمر إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويجب أن يتوافر فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل شرطان : (١) أن تكون نفقات استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد . فلا يسترد الوكيل نفقات يجاوز بها حدود الوكالة ، أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة ، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن بذل الوكيل فى تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأ .

(٢) أن تكون نفقات مشروعة ، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له

(١) وإذا وفى الوكيل ديناً فى ذمة الموكل بمبلغ أقل من الدين ، لم يرجع إلا بمقدار ما وفى . (نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٣٦٣ - أول يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٠) .

(٢) وتقول المذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة ، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٨ - وانظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش .

استردادها . وقد كانت المادة ٥٢٨/٦٤٩ من التقنين المدني القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تقضى على الموكل « أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً »^(١)، ولم ينقل التقنين المدني الجديد هذه العبارة لوضوح حكمها .

ومتى توافر هذان الشرطان ، فإنه يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق من مصروفات ، حتى لو كان لإنفاقها بعد انتهاء الوكالة مادامت مصروفات ضرورية^(٢) . والوكيل هو الذى يحمل عبء إثباته ما أنفق من مصروفات^(٣) . وله الإثبات بجميع الطرق لأن الإنفاق واقعة مادية ، ولكن يغلب أن يقدم الوكيل مستندات الصرف فى أوراق مكتوبة كالفواتير والإيصالات . وعليه أن يثبت أيضاً وقت الإنفاق^(٤) ، إذ من هذا الوقت تسرى فوائد المصروفات التى قدمها الوكيل كما سئرى . ومتى أثبت الوكيل المصروفات التى أنفقها ، فعلى الموكل أن يثبت أنه ردها للوكيل ، أو أن هذه المصروفات أنفقت من مال له عند الوكيل ، أو أن الوكيل ارتكب خطأ تسببت عنه هذه المصروفات أو جزء منها^(٥) . والمصروفات التى أنفقها الوكيل تكون عادة عنصراً من عناصر الحساب الذى يقدمه للموكل عند انتهاء الوكالة ، فيخصمها من المال الذى بيده للموكل^(٦)، ويبقى الرصيد مدينياً أو دائئياً يرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل عند انتهاء الوكالة . ولكن لا يوجد

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٨٣ - باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ وهامش ١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ - وحتى لو صرفت بعد موت الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤) .

(٣) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٢٦ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٥٢٠ - بون ١ فقرة ١٠٨٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ١٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٤) جيوار فقرة ١٥٦ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧١٩ .

(٥) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٢٦ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٦) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ - بودرى وقال فى الوكالة

فقرة ٧١٦ .

ما يمنع من أن يسترد الوكيل فوراً المصروفات التي أنفقها إذا كان في حاجة إلى ذلك^(١).

ومصدر التزام الموكل برد المصروفات إلى الوكيل هو عقد الوكالة ذاته ، فالالتزام إذن عقدي ، وليس مبنياً على الفضالة أو على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ومن هنا كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كانت هناك مصروفات يلتزم الموكل بردها^(٢) . وهناك فرق ، من هذه الناحية ، بين المصروفات التي يستردها الوكيل ، وتلك التي يستردها الفضولي أو التي يستردها المفتقر لحساب غيره . فالوكيل يسترد ، بموجب عقد الوكالة ، جميع المصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد دون أن يرتكب خطأً تتسبب عنه زيادة في هذه المصروفات^(٣) ، ويسترد هذه المصروفات مهما كان حظه من النجاح في مهمته كما يقول النص (م ٧١٠ مدني) ، حتى لو فشل فيها ، لأن التزامه التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية^(٤) . أما الفضولي فيسترد ، بموجب قواعد الفضالة ، المصروفات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف (م ١٩٥ مدني) . ويسترد المفتقر لحساب الغير ، بموجب قواعد الإثراء بلا سبب ، المصروفات التي أنفقها ولكن في حدود ما أثرى به الغير على حسابه بسبب هذه المصروفات (م ١٧٩ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يقتضى تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل أو التزامات تترتب في ذمته . فالنفقات ، مادامت معقولة ، يستردها من

(١) بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١١ - فإذا ارتكب خطأ ، كأن قام بصفقة في وقت غير مناسب فكلفته أكثر من المعتاد ، أو اشترى سلعة من صنف أعلى مما هو مكلف بشرائه أو بثمن أعلى من ثمن السوق عن تقصير وعدم حيطة ، فإن الزيادة في المصروفات الناشئة عن هذا الخطأ لا يستردها (پون ١ فقرة ١٠٨٧ - لوران ٢٨ فقرة ٨ و فقرة ١٠ - جيوار فقرة ١٥٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٥) .

(٤) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٧ ص ٢٣٨ - استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٤٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٤ - بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ - ومن جهة أخرى لا يسترد إلا المصروفات التي أنفقها فعلاً ، حتى لو عادت هذه المصروفات على الموكل بنفع أكبر من قيمتها (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١) .

الموكل جميعاً مع فوائدها من وقت الإنفاق ، وهذا استثناء جديد للقاعدة التي تقضى بأن الفوائد لا تجب إلا من وقت المطالبة القضائية . ويسترد الوكيل النفقات ، سواء نجح في مهمته أو لم ينجح . وهذا فرق ما بين الوكالة من ناحية الفضالة والإثراء بلا سبب من ناحية أخرى ، فإن الفصولي يسترد النفقات الضرورية والنافعة . . والدائن في الإثراء بلا سبب لا يسترد إلا أدنى القيمتين كما هو معروف^(١) .

٢٨٧ — التزام الموكل برفع فوائد المصروفات من يوم الاتفاق :
جاء في صدر المادة ٧١٠ مدني كما رأينا : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقته في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . . » . فالمصروفات التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة تنتج فوائد بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال ، وذلك من يوم الإنفاق^(٢) . وفي هذا خروج على القواعد العامة ، فقد كانت هذه القواعد تقضى بسريان الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني)^(٣) ، وقد سبق أن خرجنا على القواعد العامة أيضاً ولكن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - وتعليل ذلك واضح ، فالوكيل يعمل بتفويض من موكله فيسترد كل المصروفات ولو لم ينجح في مهمته ، والفصولي يعمل بغير تفويض من رب العمل ولكنه يتطوع لرعاية مصالحه فيسترد المصروفات الضرورية والنافعة ، والمفتقر لحساب غيره يعمل دون تفويض ودون أن يقصد رعاية مصلحة الغير فلا يسترد إلا أدنى القيمتين (كولان وكابيتان ودي لاموراندير فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢) .

هذا ويجوز الاتفاق على أن أجر الوكيل يتضمن المصروفات التي ينفقها في تنفيذ الوكالة ، فتخلو عملية تقديم الحساب من تعقيدات حساب المصروفات (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٣ - أكم أمين الحول فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن المدين المتضامن إذا دفع كل الدين رجع على المدين المتضامن الآخر بنصيبه في الدين وبالفوائد من وقت دفع الدين تطبيقاً لأحكام الوكالة (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠) .

(٣) ويقال في تعليل ذلك إنه لما كانت الوكالة في الأصل بغير أجر ، فقد وجب أن يتقاضى الوكيل فوائد على ما أنفقته من ماله من وقت الإنفاق حتى لا يتحمل خسارة ، ويكفي أنه لا يجني كسباً (ترولون فقرة ٦٧٤ - لوران ٢٨ فقرة ١١ - جيوار فقرة ١٥٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٠٩) . ومع ذلك سرى أن الوكيل يتقاضى الفوائد من وقت الإنفاق حتى لو كانت الوكالة مأجورة . والأولى أن يقال إن الوكالة ، حتى لو كانت مأجورة ، ليست كالمقاوله من عقود المضاربة ، إذ الأجر فيها يزيد أو ينقص حتى يتناسب مع عمل الوكيل ، فكان من حق الوكيل أن =

لمصلحة الموكل عندما قررنا أن الفوائد على رصيد الحساب المستحق للموكل تسرى من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد^(١). وتستحق للفوائد على المصروفات على النحو الذي قدمناه ، سواء كان الوكيل بغير أجر أو كان مأجوراً ، فإن تقاضى الأجر لا يمنع الوكيل من تقاضى المصروفات وفوائدها^(٢).

ويخصم الوكيل المصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق من كل مال يقع في يده للموكل ، فإذا لم يكن للموكل مال في يد الوكيل ، أو كان له مال غير كاف ، فما لم يستوفه الوكيل من المصروفات ينتج فوائد من وقت إنفاق المصروفات حتى يستجد مال للموكل في يد الوكيل فيخصم منه ما تجمد من المصروفات وفوائدها . وما لم يستوف من المصروفات يبقى منتجاً لفوائده كما قدمنا ، وأما ما لم يستوف من الفوائد فيبقى سارياً دون أن ينتج فوائد بدوره^(٣) . وإلا كانت هذه فائدة مركبة وهي ممنوعة بحكم القانون (م ٢٣٢ مدني) . وعند انتهاء الوكالة يكون هناك رصيد مدين أو دائن بحسب الأحوال ، فيرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل كما سبق القول .

ويجوز للوكيل أن ينزل صراحة أو ضمناً عن تقاضى فوائد على المصروفات التي ينفقها ، ولا يعتبر هذا النزول هبة غير مباشرة ، بل هو يشبه القرض بغير فائدة^(٤).

= يتقاضى فوائد على المصروفات التي أنفقها إذ هو غير مضارب ، فإذا كان لا ينبغي رجاء غير الجزاء الحق على عمله فن العدل ألا يتحمل أيضاً خسارة - وينهب الأستاذ أكم أمين الحولي - هنا كاذب في سريان الفوائد على الوكيل الذي يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الاستعمال - إلى أن أساس الفوائد هو الإثراء بلا سبب الذي يقدر فيه القانون قيمة التعويض تقديراً جزافياً بسعر الفائدة القانوني (أكثم أمين الحولي فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٠ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ - ١ - ٥١٢ - ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - ولكن الأجر لا ينتج فوائد من يوم استحقاقه كما تنتج المصروفات فوائد من يوم إنفاقها ، إذ لم يرد نص في هذا المعنى بالنسبة إلى الأجر ، فلا تستحق فوائد على الأجر إلا من وقت المطالبة القضائية بالأجر وبفوائده طبقاً للقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ في آخرها) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

(٤) نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٤٢٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

وقد جرى القضاء في فرنسا على أن وكيل القضايا (avoué)^(١) لا يستحق فوائد على المصروفات التي أنفقها من وقت الإنفاق ، استثناء من حكم المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى التى تقضى بأن الوكيل يستحق هذه الفوائد من وقت الإنفاق ، فتسرى الفوائد من وقت الإعذار وفقاً للقواعد العامة في شأن الفوائد^(٢) . ويعلل القضاء الفرنسى هذا الاستثناء بأن المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى إنما تسرى في وكالات التعامل (mandats ad negotia) لا في الوكالة بالخصومة (mandat ad litem) ، وبأن لأتعاب وكيل القضايا تعريفه مقرر لم ترد فيها الفوائد^(٣) . والحجتان لا وزن لهما ، فالتمييز بين وكالة التعامل والوكالة بالخصومة لا أساس له لا في القانون ولا في العدالة ، وتعريف الأتعاب المقررة لوكلاء القضايا لا شأن لها بفوائد المصروفات . ومن ثم اعترض أكثر الفقهاء الفرنسيين على القضاء الفرنسى في هذه المسألة^(٤) . ولا محل للأخذ بهذا القضاء في مصر ، بل يجب القول بأن المحامى إذا أنفق مصروفات لحساب موكله ، كأن دفع رسوم القضية من ماله الخاص ، فإنه يستحق فوائد على ما أنفقه من يوم الإنفاق تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٠ مدنى

٢٨٨ — سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم : ولم يرد نص خاص في سقوط التزام الموكل برد المصروفات بالتقادم ، فتسرى القواعد العامة ، ويسقط هذا الالتزام بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت

(١) وهو غير المحامى (avocat) ، ووكيل القضايا في فرنسا يقوم بإجراءات الدعوى وتقديم الطلبات ولذلك يعد وكيلاً عن الخصم ، أما المحامى فيقوم بالمرافعة أمام المحكمة . وفي مصر يجمع المحامى بين العالين ، ويتقاضى أتعابه عنهما معاً .

(٢) في فرنسا تستحق الفوائد من وقت الإعذار ، لا من وقت المطالبة القضائية بها كما في مصر .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٨١٩ S. chr. - ١٤ يناير سنة ١٨٦٨ سيرييه ٦٨ - ١ - ١٧٩ - ٢١ أغسطس سنة ١٨٧٢ سيرييه ٧٢ - ١ - ٣٧٩ - ٢٨ مارس سنة ١٨٥١ سيرييه ٥٢ - ٢ - ٥٧١ - نانسى ٨ يناير سنة ١٨٥٢ سيرييه ٥٢ - ٢ - ٥٧١ - دويه ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٥٢ سيرييه ٥٣ - ٢ - ٥٥٩ .

(٤) بون ١ فقرة ١١١١ - لوران ٢٨ فقرة ١٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧١١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ - جارسونيه في المرافعات ١ فقرة ٩٣ ص ٣٦٩ هامش ١٦ .

استحقاقه . ووقت الاستحقاق يكون عادة وقت التصديق على الحساب ، حيث يدرج الوكيل المصروفات التي أنفقها ، فإن بقي له رصيد دائن رجع به على الموكل ، وفيه المصروفات التي أنفقها ، فتتقدم مع الرصيد بخمس عشرة سنة . وكذلك الأمر في الفوائد على المصروفات فإنها تدرج مع المصروفات في الحساب كما قدمنا ، ومن ثم لا تسقط بالتقدم إلا مع الرصيد ، وبخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات^(١) . أما فوائد الرصيد ذاته ، وهي تستحق من وقت الإعذار إذا كان الرصيد في مصلحة الموكل ومن وقت المطالبة القضائية بها إذا كان الرصيد في مصلحة الوكيل ، فتسقط بخمس سنوات ، شأنها في ذلك شأن كل دين دورى متجدد^(٢) .

وإذا طالب الوكيل الموكل بالمصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق ، إما لأن مالا للموكل لا يوجد تحت يده وإما لأنه في حاجة إلى المال ، فإن المصروفات والفوائد تصبح مستحقة من وقت الإنفاق ، وتسقط بالتقدم الأولى بخمس عشرة سنة ، والثانية بخمس سنوات^(٣) .

وتسقط المصروفات التي ينفقها المحامي لحساب موكله بالتقدم بخمس سنوات من وقت الإنفاق ، وذلك بنص صريح في المادة ٣٧٦ مدني إذ تقول : « تتقدم بخمس سنوات حقوق . . المحامين . . على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » . ثم تنص المادة ٣٧٩ مدني على أن « ١ - يبدأ نسيان التقدم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى . ٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه

(١) نقض فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ - ١ - ٩٤٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ١ - ١٦٦ - ١٢ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ١ - ٢٧٣ - جيوار فقرة ١٥٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - انظر عكس ذلك وأن الفوائد تسقط بخمس سنوات من وقت علم الموكل بالإنفاق - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ - محمد علي غرفة ص ٤٠٢ (تسقط الفوائد بخمس سنوات من تاريخ تقديم الحساب) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - وقال بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ .

(٣) قرب بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ .

الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . فإذا حرر المحامي سنداً بمصروفاته ، لم تسقط هذه المصروفات إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

٢٨٩ - نص قانوني: تنص المادة ٧١١ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) .

وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة فيه تعديلات لفظية فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٤٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢١٩ - ص ٢٢١) .

(٢) وجعل القضاء التعويض عن الضرر أصلاً يتفرع عنه التزام الموكل برد المصروفات للوكيل (م ٥٢٨ / ٦٤٩ مدنى قديم) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الشارع المصرى ، إذ أوجب على الموكل في المادة ٥٢٨ مدنى قديم أن يؤدي المصروفات المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً أياً كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تفصيل فيه ، كان يعنى حتماً تعويض الوكيل تعويضاً كاملاً ، ويرى إلى تحقيق هذا الغرض الذى لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياس من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذى يتحملة في شخصه وفي ماله . وإن كانت هذه المادة منقولة من المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التى تليها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخسارة التى يتحملها بغير تفصيل منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة ، إلا أنها في الواقع شاملة لكلتا الحالتين . فالمصاريف نوع من الخسائر ، وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذى حل به . وإذا كان المشرع الفرنسى قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح ، فقد نحا المشرع المصرى في القانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز ، فقرر مبدأ التعويض ، وترك الباب مفتوحاً أمام القاضى في مجال التطبيق العملى ليسير بالمبدأ إلى غايته ، ويحمل الموكل تبعه تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل في حدود الوكالة ومادام الضرر لم يكن ناشئاً عن خطأه وتقصيره . وإيراد المشرع المصرى لهذا المبدأ في المادة ٧١١ مدنى جديد ، التى تنص على أن الموكل يكون مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ، لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٦ ص ٢٩٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٧٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١١ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٣ فقرة أخيرة (١) .

٢٩٠ - الشرطان الواجب توافرها لتحقيق مسؤولية الموكل : ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شرطين يجب توافرها حتى تتحقق مسؤولية الموكل عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة ؛ « الشرط الأول » أن يكون تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب في الضرر الذي أصاب الوكيل . (الشرط الثاني) ألاّ يثبت خطأ في جانب الوكيل . فإذا توافر هذان الشرطان تحققت مسؤولية الموكل ، وليس يلزم بعد ذلك أن يتوافر أى شرط آخر إذ النص لا يتطلب إلا هذين الشرطين .

فستعرض كلا من الشرطين المتقدمين الذكر ، ثم نستعرض ما لا يشترط توافره .

٢٩١ - الشرط الأول - تنفيذ الوكالة هو السبب في الضرر : يشترط القانون أن يكون الوكيل قد أصابه ضرر « بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » . فيجب أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً هو السبب المباشر في الضرر . فإذا خرج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلك المعتاد ، وأصيب من جراء ذلك بضرر ، لم يكن الموكل مسئولاً (٢) . وإذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

. تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٤ فقرة أخيرة : على أن الموكل لا يلزم بالموجبات التي ارتبط بها الوكيل ولا بالحسارة التي تحملها خطأ ارتكبه لأسباب خارجة عن الوكالة . (ويفهم من هذا النص ، بمدلول المخالفة . أن الموكل يلزم بالخسائر التي تحملها الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إذا كان الوكيل لم يرتكب خطأ في تنفيذها . فتكون أحكام التقنين اللبناني متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ويمكن القول بأن خروج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد يكون خطأً منه ، فيختل الشرط الثاني من شروط تحقق مسؤولية الموكل وهو عدم ثبوت خطأ في جانب الوكيل ، فلا يكون الموكل مسئولاً .

السبب المباشر في الضرر ، انتفت مسئولية الموكل ، حتى لو كان الضرر قد تحقق في مناسبة (à l'occasion) تنفيذ الوكالة .

وقد كان القانون الروماني في هذا المعنى ، فكان لا يلزم الموكل بتعويض الضرر الذي يصيب الوكيل في مناسبة تنفيذ الوكالة . فإذا أصيب الوكيل في أثناء تنفيذه الوكالة — لا بسبب هذا التنفيذ — بضرر ، كأن سرقت أمتعته أو أصيب في حادث فجرح أو قتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولاً عن ذلك . ولكن القانون الفرنسي القديم توسع في مسئولية الموكل ، فجعلها تشمل أيضاً الضرر الذي يصيب الوكيل في مناسبة تنفيذ الوكالة . ونقل التقنين المدني الفرنسي عن القانون الفرنسي القديم هذا الحكم ، فقضى في المادة ٢٠٠٠ منه بمسئولية الموكل عن الضرر الذي يصيب الوكيل « في مناسبة قيامه بالعمل » (à l'occasion de sa gestion) .

ولما كان الموكل ، في مسئوليته عن الضرر الذي يصيب الوكيل ، إنما يتحمل تبعه هي أقرب إلى الضمان منها إلى المسئولية ، فالتوسع في هذه المسئولية إلى حد أن تشمل الضرر الذي يصيب الوكيل في « مناسبة » تنفيذ الوكالة أمر خطير^(١) . فالوكيل ليس أجدر بالرعاية من العامل في عقد العمل ، والعامل إنما يعرض عن الضرر الذي يصيبه في أثناء العمل بقدر محدود^(٢) . ومن ثم نرى أن التقنين المدني المصري الجديد قد قصر مسئولية الموكل على الضرر الذي يصيب الوكيل « بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، فاشتراط أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر .

فإذا وكل شخص في شراء سيارة ، وفي أثناء تجربته للسيارة التي اعتمزم

(١) قرب أكثر أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ .

(٢) على أن هناك اتجاهات عند فريق من فقهاء القانون الفرنسي يميل إلى التوسع ، ويذهب إلى جعل التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر ليس إلا تطبيقاً لمبدأ عام يقضى بالتزام رب العمل بتعويض من يعمل لحسابه — وكيلاً كان أو مقاولاً أو عاملاً أو غير ذلك — عن الضرر الذي يصيبه بسبب العمل الذي يقوم به (انظر Dereux في الضرر الذي يصيب من يعمل لحساب غيره المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٨) . ولكن هذا الاتجاه لم يسد ، فالمسلم في الفقه الفرنسي أن الالتزام بالتعويض مقصور على الوكالة ، فلا يلزم رب العمل بتعويض المقاول عن الضرر الذي يصيبه بسبب تنفيذ العمل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٣ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٧ ص ٩٢١ هامش ١) .

تسريها للموكل دهس شخصاً في الطريق ، فتحققت مسؤوليته باعتباره حارساً للسيارة لا بناء على خطأ ثبت في جانبه ، فإنه يكون مسئولاً عن التعويض نحو المصاب ، ويرجع بهذا التعويض على الموكل إذ هو ضرر أصابه وخسارة تتحملها بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذاً معتاداً . أما إذا ثبت خطأ في جانبه ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً^(١) ، فشرط تحقق مسؤولية الموكل ألا يثبت خطأ في جانب الوكيل كما سئرى . وإذا كان تنفيذ الوكالة في ذاته يحقق مسؤولية الوكيل المدنية أو الجنائية ، كما وقع في قضية وكل فيها أحد اليهود الألمان شخصاً في تحصيل أمواله وتصديرها إليه عندما اضطرتة القوانين النازية أن يغادر البلاد ، فحبس الوكيل بسبب تنفيذ هذه الوكالة وغرم ، فإن الموكل يكون في هذه الحالة مسئولاً عن تعويض الوكيل^(٢) . وإذا كان الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا في يده للموكل ، أو كان في وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص ، فإنه لا يلتزم ، كما يلتزم المستعير (م ٦٤١ مدني) ، بتضحية ماله من أجل مال الموكل . فإذا هو فعل ، وأنقذ مال الموكل بتضحية ماله الخاص ، كان هذا ضرراً أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، وجاز له أن يرجع بالتعويض على الموكل . وإذا ضيع الوكيل على نفسه صفقة حتى يحقق للموكل ربحاً أكبر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه ، كان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذه الخسارة . والوكيل في ذلك ليس أقل جدارة باستحقاق التعويض من الفضولي ، والفضولي يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولي ، مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية حرصاً على مصلحة أكبر للموكل »^(٣) .

(١) وقد قضى بعدم مسؤولية الموكل إلا إذا أثبت الوكيل أن الحادث لم يقع بخطأ منه (ليون الاستئنافية ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سريه ١٩٣٨ - ٢ - ٣١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٤ هامش ٤) .

(٢) كولمار ١٦ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٨٦٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٨٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ - وقد قضى بأن الوكيل بالعمولة إذا وكل =

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً ، ولو كان الضرر قد وقع في مناسبة هذا التنفيذ كما سبق القول : فإذا وكل محام في قضية اقتضته أن يسافر إلى مقر المحكمة ، فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة ، وفي الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة ، فجرح المحامي أو قتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولاً عن التعويض . وكذلك لو أصاب المحامي ضرر مالي ، كأن سرقت أمتعته في الطريق أو ضاعت أو تمزقت ملابسه بسبب حادث وقع ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً^(١) . ويبدو أن مسئولية الموكل في القانون الفرنسي تتحقق في هذه الأحوال ، نظراً لأن نص التقنين المدني الفرنسي أوسع من نص التقنين المدني المصري ، فهو لا يقتصر على إيجاب التعويض عن الضرر بسبب تنفيذ الوكالة كما اقتصر نص التقنين المدني المصري ، بل يجاوز ذلك إلى إيجاب التعويض عن الضرر الذي يقع في مناسبة تنفيذ الوكالة^(٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . على أنه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر في جسمه أو في ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها ، فيكون الموكل مسئولاً عن التعويض حتى في القانون المصري . مثل ذلك أن تكون

= في بيع أسهم في البورصة أو في شرائها ، فباع أو اشترى ، ثم تخلف الموكل عن تسليمه الأسهم التي وكل في بيعها أو تسليمه ثمن الأسهم التي وكل في شرائها ، فنفذ على الوكيل بالعمولة ، كان لهذا الوكيل أن يرجع على الموكل بما لحقه من الخسارة من جراء ذلك (نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٥٣٧) . ويدخل في التعويض المستحق للوكيل عما أصابه من الخسارة أن يلتزم الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل كما في الاسم المستعار (المسخر) ، فيلتزم الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل من هذا الالتزام (نقض فرنسي أول يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ١٦٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه . ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢) .

(١) أكثم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ - وقارن محمد علي عرفة ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣ - محمد كامل مرسي فقرة ٢٢١ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - باريس ١٤ أغسطس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٣ - ٢ - ٧٥ - إكس ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٣٠١ - باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤١٨ - السين ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٦٠ - جيوار فقرة ١٧٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ - ص ٢٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٣ (ويصف التزام الموكل بأنه التزام عقدي بضمان السلامة ترتب في ذمة الموكل نحو الوكيل) .

الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو رحلة عمالية أو نحو ذلك ، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يفرق ، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، ويكون الموكل مسئولاً عن التعويض^(١) ،

٢٩٢ - الشرط الثاني - خطأ في جانب الوكيل : ولا يكون الموكل

مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إلا إذا كان لم يثبت خطأ في جانب الوكيل . وتنص المادة ٧١١ مدنى صراحة على هذا الشرط ، فهى تقضى بمسئولية الموكل « عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه » . فإن ارتكب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة ، كأن تجاوز حدود التوكيل فأصبح مسئولاً نحو من تعامل معه ، أو ارتكب خطأ جعله مسئولاً قبل الغير ، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن تعويضه الضرر الذى لحق به من جراء الحكم عليه بالتعويض أو بالغرامة^(٢) .

فإذا لم يثبت خطأ في جانب الوكيل^(٣) ، فإن الموكل يكون مسئولاً ، سواء حدث الضرر للوكيل بخطأ الموكل أو بخطأ الغير أو بقوة قاهرة .

٢٩٣ - ما يستتر توافره : متى توافر الشرطان المتقدمان الذكر ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية صاحب السفينة عن تعويض قبطانها بسبب القبض عليه من السلطات اليونانية في أثناء الحرب ما بين تركيا واليونان ، وهو يحمل جنوداً عثمانيين وأسلحة وذخائر (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٣) . وقضت أيضاً بمسئولية الموكل عن تعويض ورثة الوكيل الذى قتل في أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٧٩) .

(٢) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤١٨ - ٤ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٠١ - جيوار فقرة ١٧٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٦ وفقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ هامش ١ .

وقد قدمنا أنه قد يقضى على الوكيل بالتعويض لعمل يأتيه في تنفيذ الوكالة دون أن يثبت خطأ في جانبه ، وتكون مسئوليته قائمة على أساس حراسته لسيارة أو لحيوان ، ففي هذه الحالة لا يكون قد ارتكب خطأ ينشئ مسئولية الموكل ويكون هذا مسئولاً عن تعويض الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٩١) .

(٣) وعاء الإثبات يقع على الوكيل ، فعليه أن يثبت أن الضرر قد وقع عليه دون أن يرتكب خطأ (قرب ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ - ٢ - ٣١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٣٤ هامش ٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش) .

فإن مسئولية الموكل تتحقق ، ويجب عليه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة .

. ويستوى في ذلك أن تكون الوكالة غير مأجورة أو تكون مأجورة ، فإن نص المادة ٧١١ مدني لا يميز بين الوكيل غير المأجور والوكيل المأجور . ومن ثم يكون الموكل مسئولاً عن تعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذه للوكالة ، حتى لو كان مأجوراً^(١) .

ويستوى في ذلك أيضاً أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح ، فإن المادة ٧١١ مدني لم تشترط نجاح الوكيل في مهمته حتى يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة . ورجوع الوكيل على الموكل بالتعويض كرجوعه عليه بالمصروفات ، لا يشترط في كليهما أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته ، وقد سبق بيان ذلك في رجوع الوكيل بالمصروفات^(٢) .

ويستوى في ذلك أخيراً أن يكون الضرر الذي أصاب الوكيل قد ظهر في أثناء تنفيذ الوكالة أو ظهر بعد أن تم تنفيذها . فإدام تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر ، فإن الموكل يكون ملتزماً بالتعويض^(٣) .

٣٩٤ - مصدر التزام الموكل بالتعويض : والتزام الموكل بتعويض

- (١) ترولون فقرة ٦٧٢ - جيوار فقرة ١٧٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ - انظر عكس ذلك وأنه يشترط أن تكون الوكالة غير مأجورة أكثم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ .
- (٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ - جيوار فقرة ١٧٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٢ .
- (٣) نقض فرنسي ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيرييه ٩١ - ١ - ٥١٨ - باريس ٢٦ يولييه سنة ١٨٩٥ سيرييه ٩٧ - ٢ - ٣٠٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيرييه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٠ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولي إلى اشتراط عدم وجود من يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الوكيل ، حتى يستطيع الوكيل أن يرجع بالتعويض على الموكل الذي لم يرتكب أى خطأ (أكثم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٧) . ونرى أن القانون لم يشترط إلا انتفاء خطأ الوكيل ، أما إذا وجد شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي أصاب الوكيل ، فإن ذلك يجعل هذا الشخص هو والموكل معاً مسئولين بالتضام نحو الوكيل . وإذا رجع الوكيل على الموكل بموجب المسؤولية العقدية ، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسؤولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذي أصاب الوكيل .

الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة مصدره عقد الوكالة بالذات ،
شأن هذا الالتزام في ذلك شأن الالتزام ببرد المصروفات فيما قدمناه^(١) . ومن
هنا أيضاً كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كان هناك تعويض يلتزم الموكل
بدفعه للوكيل^(٢) .

وعلى الوكيل يقع عبء إثبات أن هناك ضرراً لحقه بسبب تنفيذ الوكالة ،
كما يقع عليه عبء إثبات أن هذا الضرر لم يقع بخطأ منه وقد تقدمت الإشارة
إلى ذلك^(٣) .

ولما كان التزام الموكل بتعويض الوكيل مصدره عقد الوكالة كما قدمنا ،
فإن مسؤولية الموكل عن التعويض تكون مسئولية عقدية لامسئولية تقصيرية .
ويترتب على ذلك أمران : (الأمر الأول) أنه يجوز للموكل أن يشترط إعفائه
من هذه المسئولية ، ولو كانت المسئولية تقصيرية لما جاز له ذلك^(٤) .
(الأمر الثاني) أن التزام الموكل بالتعويض يسقط بخمس عشرة سنة طبقاً
للقواعد العامة في المسئولية العقدية^(٥) ، وتسرى المدة من وقت وقوع الضرر
أو من وقت التصديق على الحساب . ولو كانت المسئولية تقصيرية ، لسقط
الالتزام بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

المطلب الرابع

الضمانات التي تكفل التزامات الموكل

٢٩٥ — بيان هذه الضمانات : للوكيل ، في الرجوع على الموكل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ — وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش وفقرة ٢٩٢ في الهامش .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٣ — محمد علي عرفة ص ٤٠٣ — وكما يجوز أن
يكون هذا الاشتراط صريحاً ، يجوز كذلك أن يكون ضمناً . ويمكن أن يستخلص الاشتراط
الضمنى من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل ، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر وكان الضرر الذى
أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته .

(٥) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٢٨٩ — بودرى وقال في الوكالة

فقرة ٧٢٤ مكررة .

بالتزاماته ، الضمانات التي يكفلها له القانون العام : فهو يرجع على أموال الموكل ، شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين : وله ، إذا حصل على حكم واجب التنفيذ ، أن يأخذ اختصاصاً بعقارات الموكل (م ١٠٨٥ مدني) ، كما أن له أن ينفذ على جميع أموال الموكل بالطرق التي قررها قانون المرافعات : ولم يقرر القانون امتيازاً خاصاً للوكيل على مال موكله أو على المال الذي يكون في يده للموكل (١) . ولكن إذا كانت الوكالة تقتضي أن يصرف الوكيل مبالغ في حفظ منقول للموكل أو فيما يلزم له من ترميم ، كان لهذه المبالغ ولأجر الوكيل حق امتياز على المنقول وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدني (٢) .

وقد قدمنا أن للمحامي ، لكفالة أتعابه ، ضمانات خاصة ، هي حق اختصاصه بعقارات موكله في حالات تجاوز القانون العام وحق الامتياز على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل (٣) .

(١) أما بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة ، فقد نصت المادة ٨٥ من التقنين التجاري على أن « للوكيل بالعمولة حق الامتياز على البضائع المرسلّة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده بمجرد الإرسال أو الإيداع أو التسليم ، وله أيضاً حق حبسها ، فيتقدم على غيره في استيفاء المبالغ التي أقرضها أو دفعها ، سواء كان قبل إرسال البضائع أو استلامها أو في أثناء وجودها في حيازته . ولا يكون هذا الامتياز إلا بالشروط المقررة في المادة ٧٧ . وتدخل في ديون الوكيل الممتازة الفوائد والعمولة والمصاريف فضلاً عن الأصل » . ونصت المادة ٨٦ على ما يأتي : « وللوكيل المذكور أيضاً حق الامتياز على الأوراق التجارية المخصصة لسداد شيء مادامت تحت يده ، وله أيضاً حق حبسها » . ونصت المادة ٨٧ على أن « امتياز الوكيل بالعمولة مقدم على جميع الامتيازات الأخرى » . وانظر أيضاً المادتين ٨٨ - ٨٩ - من التقنين التجاري .

ولا يجوز للوكيل بالعمولة إجبار الموكل على أن يضع تحت تصرفه البضائع التي تعاقد معه على تصريفها لحسابه . وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الوكالة بالعمولة ، وإن يكن عقداً تبادلياً ملزماً طرفيه معاً ، فإنه ، بحسب الأصل ، لا يلزم الموكل إلا بأن يدفع للوكيل العمولة ، أي الأجرة المتفق عليها ، مع ما يكون الوكيل قد صرفه في سبيل الوكالة وفوائده من وقت صرفه . فلا وجه للوكيل في مساءلة الموكل - في غير حالة الشرط الصريح - إذا هو لم يضع تحت تصرف الوكيل البضائع التي تعاقد معه على تصريفها لحسابه (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٣ ص ٢٩٢) .

(٢) نقض فرنسي ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٦١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٢ - جيوار فقرة ١٨٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٢ .

يبقى أن للوكيل ، محامياً كان أو غير محام ، ضمانين خاصين يكفلان التزامات الموكل نحوه ، هما الحبس والتضامن في حالة تعدد الموكلين ، وهذان الضمانان هما اللذان نتولى الآن بحثهما .

٢٩٦ - الحبس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً في هذه المسألة ، فكانت المادة ٩٨٧ من المشروع تنص على ما يأتى : « للوكيل الحق في حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته »^(١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس »^(٢) .

ولما كان التزام الوكيل برد ما في يده للموكل مرتبطاً بالتزامات الموكل الناشئة عن عقد الوكالة ، فإن المادة ١/٢٤٦ مدنى تغنى عن النص المحذوف ، وهى تقرر القاعدة العامة في الحبس إذ تقول : « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . فيجوز إذن للوكيل أن يحبس ما في يده للموكل حتى يستوفى منه ما هو ملتزم به بموجب عقد الوكالة . وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم بأن يرد كل ما كسبه لحساب الموكل وكل ما وقع في يده من مال أو أوراق للموكل بسبب الوكالة . فإرد ما اشتراه لحساب الموكل من بضائع وأعيان وأوراق مالية ، وما قبضه لحساب الموكل من حقوق كدين أو ثمن أو أجره ، وما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل^(٣) . ومن ثم يكون له أن يحبس كل هذه الأشياء والأموال حتى يستوفى حقوقه من الموكل ، من أجر ومصروفات وتعويض^(٤) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) وتنص المادة ٧٩٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناى على أنه « يحق للوكيل أن يحبس عنده منقولات الموكل أو بضائعه التى سلمت أو أرسلت إليه ، حتى يستوفى ما حق له عليه وفقاً لأحكام المادة ٧٩٣ » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٠ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٩ و فقرة ٢٧١ .

(٤) استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ - نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٧٧ - ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ - ١ - ٤٠ - =

التهديد في هذا الصدد : « وللوكيل ، ضماناً لاستيفاء حقوقه ، أن يحبس ما وقع في يده من مال الموكل بحكم الوكالة ، كضمن ما وكل في بيعه والحق الذي استوفاه للموكل من مدينيه . وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام في الحبس » (١) .
بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب ، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة للوكيل على ما قدمنا (٢) ، فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما في يده (٣) .

وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة ، وأنه لا يجوز له أن يحبس هذا السند ولو كانت له حقه في ذمة الموكل لم يستوفها ، فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك (٤) .
وإذا فوض للوكيل أن يقوم بصفقات متفرقة لموكل واحد لا توجد رابطة بينها ، كما إذا وكل في قبض حقوق أو كمبيالات مختلفة في ذمة مدينين متعددين ، فإنه لا يستطيع أن يحبس في صفقة ما وقع في يده بسبب صفقة أخرى ، وتقوم كل صفقة عن أساس وكالة مستقلة (٥) . فإذا كانت الصفقات مرتبطة بعضها

= ٦ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٦٠١ - جيوار فقرة ١٥٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦٣ (ومع ذلك انظر فقرة ٧٦٧ حيث يذهب إلى أن الأجر لا يرتبط بما للموكل في يد الوكيل ، فلا يكون لهذا الأخير حق الحبس لاستيفاء الأجر) - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ - كولان وكايتان-ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٢٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٦٥ - أميان ٤ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ٣٧٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ - عكس ذلك بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦٤ مكررة - محمد علي عرفة ص ٤٠٤ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ - وكذلك قدمنا أن المحامي ليس له أن يحبس في أتعابه المستندات والأوراق التي لموكله ، وإنما له أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً له في المطالبة ، وأن يحبس المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات ، وذلك كله طبقاً لأحكام المادة ٤٠١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) .

(٥) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٥٥ - بورديو ١٤ مايو =

ببعض بحيث تقوم كلها على وكالة واحدة ويقدم عنها حساب واحد ، جاز للوكيل أن يعتبر الصفقات كلاً لا يقبل التجزئة ، وأن يحبس في صفقة ما وقع في يده بسبب صفقة أخرى^(١) .

وإذا رد الوكيل للموكل ما تحت يده ، انتهى حق الحبس . وقد قضى بأن الوكيل في إدارة أرض زراعية ، إذا رد الأرض للموكل مع المحصول ، انتهى حق حبسه للمحصول إذ هو تابع للأرض والتابع يسرى عليه حكم الأصل^(٢) .

٢٩٧ — تضامن الموكلين المتعددين — نص قانوني : تنص المادة ٧١٢

من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا وكل أشخاص متعددون وكيلاً واحداً في عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك »^(٣) .

= سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ٢ - ٧٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٥ - محمد علي عرفة ص ٤٠٤ - أكرم أمين الحولى فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .
(١) أنجييه ١٠ يولييه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥٣١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٢٢ - محمد علي عرفة ص ٤٠٤ - أكرم أمين الحولى فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم . ولما كان التضامن في الالتزامات العقدية لا يثبت إلا بنص ، فإنه كان لا يقوم بين الموكلين المتعددين في عهد التقنين المدني القديم (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) . والعبرة بتاريخ الوكالة ، فإن عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يكن هناك تضامن بين الموكلين المتعددين تطبيقاً لأحكام التقنين المدني القديم ، وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسرى ويقوم التضامن بين الموكلين المتعددين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (فلا تضامن بين الموكلين المتعددين) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٧ : إذا كانت الوكالة صادرة عن جملة أشخاص في =

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامنين في التزاماتهم نحو الوكيل . والأصل أنه لا يقوم التضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص ، ولما كانت التزامات الموكل ناشئة عن العقد فإن التضامن كان لا يقوم بين الموكلين المتعدين لولا هذا النص الذي خرج في هذه المسألة على القواعد المقررة في التضامن^(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في هذا الصدد : « وإذا تعدد الموكلون في العمل الواحد ، كانوا متضامنين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص في ذلك . وفي هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التضامن في المسؤولية التعاقدية لا يكون إلا بشرط خاص . وإذا أريد نفي التضامن ، وجب اشتراط ذلك^(٢) » .

وتضامن الموكلين في التزاماتهم نحو الوكيل يقابل تضامن الوكلاء في التزاماتهم نحو الموكل^(٣) . والنص سالف الذكر يقرر تضامن الموكلين في التزاماتهم نحو الوكيل ، ولا يقرر تضامن الموكلين في حقوقهم التي تترتب في ذمة الوكيل ، فلا تضامن بينهم في هذه الحقوق ، وقد رأينا مثل ذلك في عدم تضامن الوكلاء في حقوقهم التي تترتب في ذمة الموكل^(٤) . وإذا تعدد الموكلون

= قضية مشتركة بينهم ، فكل شخص منهم يكون مسئولاً تجاه الوكيل على نسبة مصلحته في القضية ، ما لم يكن هناك نص يخالف .

(والتقنين اللبناني صريح في أن التضامن لا يقوم بين الموكلين إلا باتفاق خاص ، وكان يكفي تقرير هذا الحكم أن يسكت إذ لا يقوم التضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص . ويختلف التقنين اللبناني في هذا عن التقنين المصري الذي يقرر بنص صريح تضامن الموكلين المتعدين) .

(١) ومع أنه كان لا يوجد في التقنين المدني القديم نص يقضي بتضامن الموكلين على ما بيناه ، فإن القضاء المختلط كان في عهد هذا التقنين يقضي تحكياً بالتضامن : استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ - ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦ - ٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ - وانظر في تضام (لا تضامن) الموكلين : استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٦ . ولكن القضاء الوطني كان يقضي على العكس من ذلك بعدم قيام التضامن بين الموكلين المتعدين : مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) - وانظر محمد علي عرفة ص ٤٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

والوكلاء في عمل واحد ، كان الموكلون^(١) وكذلك الوكلاء متضامنين في التزاماتهم ، وغير متضامنين في حقوقهم .

ويشترط النص سالف الذكر أن يكون هناك موكلون متعددون في عمل مشترك ، فهناك إذن شرطان : (١) أن يكون هناك موكلون متعددون . فلا بد من عقد وكالة ، ومن ثم لا يقوم التضامن في النيابة القانونية ولا في النيابة القضائية إذا تعدد الأصيل . فلا يقوم التضامن بين المحجورين المتعديين نحو الولي أو الوصي أو القيم^(٢) ، ولا يقوم التضامن بين الموضوعين تحت الحراسة المتعديين أو الدائنين المتعديين نحو الحارس القضائي أو مأمور التفليسة^(٣) . وإذا كان هناك عمل مشترك بين أشخاص متعددين ، وأقام بعضهم دون بعض وكيلا في هذا العمل ، فإن من أقام الوكيل هم الذين يكونون متضامنين دون الذين لم يشتركوا في إقامة الوكيل^(٤) . (٢) أن تكون الوكالة

(١) بون ١ فقرة ١١٢٩ - لوران ٢٨ فقرة ٤١ - جيوار فقرة ١٧٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٥٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٣٩ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٥ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ٣٧ - ١ - ٨٣٩ - بون ١ فقرة ١١٢٧ - لوران ٢٨ فقرة ٤٠ - جيوار فقرة ١٧٨ - هذا إلى أن مأمور التفليسة إنما هو وكيل عن جماعة الدائنين (masse) لا عن آحاد الدائنين (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٥٩ ص ٤٠٤) .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - ويذهب رأى إلى أن التضامن لا يقوم إلا إذا اشترك جميع أصحاب المصلحة في العمل المشترك في إقامة الوكيل (جيوار فقرة ١٧٩) ، وظاهر أن هذا الرأى لا يتفق مع الضرر الصريح .

هذا والتضامن لا يكون إلا في علاقة الموكلين بالوكيل ، أما في علاقتهم بالغير الذي تعاقد معه الوكيل فلا يكونون متضامنين إلا إذا كان التضامن مشروطاً (استثناء مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الحكم (arbitre) كالوكيل ، فيكون من أقاموه حكماً متضامنين نحوه في التزامهم بدفع الأجر (نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٠ سيريه ٣١ - ١ - ٢٨ - لوران ٢٨ فقرة ٣٧ وما بعدها) . وكذلك الخبير (expert) يكون من عينوه أو وافقوا على تعيينه متضامنين نحوه في التزامهم بدفع الأتعاب ، وكذلك يكونون متضامنين حتى لو كانت المحكمة هي التي عينت الخبير من تلقاء نفسها (رن ٢٥ يونيو سنة ١٨٤٤ دالوز ٤٥ - ٢ - ١٥٨ - جرينوبل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٥٠ - ٢ - ١٩ - بوردو ٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٦ - ٢ - ٢٧٠ - أميان ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٨١ - السين ٢١ ديسمبر سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٤ - ٥ - ٢٤٣ - جيوار فقرة ١٧٧) . أما لو طلب أحد الخصوم وحده تعيين خبير ، كان هو المستول (بيزايسون ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٧ - ٢ - ١٠٣ - =

في عمل مشترك^(١). فلو وكل عدة أشخاص محامياً في قضية مشتركة بينهم ، كانوا متضامنين في دفع الأجر للمحامي ورد المصروفات والقيام بالالتزامات الأخرى^(٢). أما إذا كانت الوكالة في أعمال مختلفة ، كل موكل قد وكل الوكيل في عمل خاص به ، فإن الموكلين لا يكونون متضامنين ، لأن الأمر يتعلق بوكالات متعددة لا بوكالة واحدة ، وهذا حتى لو صدرت هذه الوكالات المتعددة في عقد واحد . وعلى العكس من ذلك يكون الموكلون متضامنين مادامت الوكالة قد وقعت على عمل واحد مشترك بينهم جميعاً ، حتى لو صدرت الوكالة في عقود متفرقة^(٣) .

ويستوى بعد ذلك أن تكون الوكالة بغير أجر أو أن تكون بأجر^(٤) ، كما يستوى أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح ، ففي جميع هذه الأحوال يكون الموكلون المتعددون متضامنين .

= الجزائر ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ المجلة الجزائرية ١٨٩٤ ص ٢٩ - والصحيح أن كلا من الحكم والخبير ليس بوكيل ، فلا يسرى لمصلحتهما حكم التضامن (بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٨ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة: ٣٢٠) .

(١) نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ٣٣ - ١ - ٣٠٢ - ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٩٣ - ترولون فقرة ٦٨٨ - پون ١ فقرة ١١٢٤ - جيوار فقرة ١٧٩ - بودري . وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٦ - ويشترط أن يعرف الموكلون المتعددون بعضهم بعضاً (نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ - جيوار فقرة ١٧٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٧ ص ٤٠٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ .

(٣) نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٣٤ سيريه ٣٤ - ١ - ٧١٣ - ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - وانظر عكس ذلك وألا تضامن إذا صدرت الوكالة في عقود متفرقة إذ يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله فأصبح كل منهم أجنبياً عن الآخر : پون ١ فقرة ١١٢٥ - لوران ٢٨ فقرة ٣٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - وانظر في أن الموكلين بعقود متفرقة يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن : رودير في التضامن فقرة ٢١٧ - جيوار فقرة ١٧٩ .

(٤) ترولون فقرة ٦٨٨ وما بعدها - پون ١ فقرة ١١٢٤ - جيوار فقرة ١٧٧ - بودري وقال في الوكالة ٧٥٧ ص ٤٠١ .

ويكونون متضامنين نحو الوكيل في جميع التزاماتهم الناشئة من عقد الوكالة :
 الالتزام بدفع الأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر^(١) . ويستطيع الوكيل الرجوع على أى منهم بأى التزام من هذه الالتزامات كاملاً، ولو كان قد تراخى في المطالبة حتى أعسر بعض الموكلين^(٢) .

وليس تضامن الموكلين على النحو سالف الذكر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على استبعاد التضامن^(٣) ، ويصبح كل موكل مسئولاً عن الالتزامات بالنسبة التي يتفق عليها ، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولاً بنسبة ماله من مصلحة . وتورد المادة ٧١٢ مدني سالف الذكر هذا الحكم صراحة ، فهي بعد أن تقرر تضامن الموكلين المتعديدين تقول : « ما لم يتفق على غير ذلك » .

الفرع الثاني

آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذي تعاقد معه الوكيل

٢٩٨ — نص قانوني : تنص المادة ٧١٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل »^(٤) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المواد ٦٣٤/٥١٨ و ٥٢٣ — ٥٢٤/٦٤٢ — ٦٤٣^(٥) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ — ١ — ٤٢٣ — ٢٣ و ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ — ١ — ٤٧٢ — بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٨ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٨) .

(٥) التقنين المدني القديم م ٦٣٤/٥١٨ : لمن يعامل الوكيل الحق في أن يطلب منه

صورة رسمية من سند التوكيل .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤٢ - ٩٤٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٩ - ٨٠٠ - وم ٨٠٢ - ٨٠٧^(١).

= م ٥٢٣ / ٦٤٢ : الوكيل الذي يعمل عملاً على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله .

م ٥٢٤ فقرة أولى / ٦٤٣ : أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمته ، فلا يترتب عليه إلزام غير إثبات التوكيل .

(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٢ : حقوق العقد تعود إلى العاقد ، فإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه .

م ٩٤٣ : إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلًا ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أومع الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل والوكيل ولأيهما أن يرجع عليه .

م ٩٤٤ : ١ - إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقدته حدود الوكالة ، أو عمل أحد دون توكيل أصلاً ، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته . ٢ - ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يحيز فيه التعاقد ، فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد .

م ٩٤٥ : إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يحيز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم بأن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٩ : إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه ، كانت

له الحقوق الناشئة عن العقد . ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدتهم كما لو كان العمل يهيم وحده دون الموكل ، وإن يكن الذين عاقدتهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة) .

م ٨٠٠ - إن الوكيل الذي يعمل بصفته وكيلًا ولا يتعدى حدود سلطته لا يترتب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدتهم . ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل .

ويشير النص سالف الذكر إلى أن مهمة الوكيل هي أن يقوم بتصرف قانوني ، فهو يتعاقد مع الغير لحساب الموكل . ويحيل إلى الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد في أثر الوكالة بالنسبة إلى هذا الغير الذي يتعاقد معه الوكيل ، وبالرجوع إلى أحكام النيابة نجد أنه يجب التمييز بين فرضين . ذلك أن الوكيل ، إذا كان يتعاقد دائماً لحساب الموكل ، فإنه إما أن يعمل باسم الموكل وهذا هو الغالب ، ويكون الوكيل نائباً في تعاقدته عن موكله ، وتقرن الوكالة هنا بالنيابة . وإما أن يعمل باسمه الشخصي ، ويغلب أن يكون مسخراً أو اسماً مستعاراً ، فلا يكون نائباً في تعاقدته لحساب موكله ، وتقوم الوكالة هنا دون أن تقوم النيابة .

فنبحث إذن الفرضين الآتين على التعاقب : (١) الوكيل يعمل باسم

= م ٨٠٢ : يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلاً حتماً في وكالته .

م ٨٠٣ : عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفة كونه وكيلاً أن يطلب منه إبراز صك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة نسخة رسمية عن هذا الصك على أن يدفع نفقتها .

م ٨٠٤ : إن الأعمال التي يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته ، يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل وما يضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها .

م ٨٠٥ : يلزم الموكل أن يفي مباشرة بالعهود التي قطعها الوكيل لحسابه ضمن حدود السلطة الممنوحة له في الوكالة . أما الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها ، فلا يمكن الاحتجاج بها على شخص ثالث ، إلا إذا قام البرهان على أن هذا الشخص علم بها وقت العقد .

م ٨٠٦ : لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها ، إلا في الحالات الآتية : أولاً - إذا وافق عليه ولو بوجه ضمني . ثانياً - إذا استفاد منه . ثالثاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المبينة في التعليمات التي تلقاها . رابعاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التي عينت له في التعليمات التي تلقاها ، وذلك في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل الشأن . (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المعتاد في التجارة أو في المكان الذي أبرم فيه العقد .

م ٨٠٧ : إن الوكيل الذي يعمل بلا وكالة أو يتجاوز حدود وكالته يلزمه أن يؤدي بدل العطل والضرر للأشخاص الذين عاقدتهم إذا كان العقد لا يمكن تنفيذه . ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافي على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

الموكل . (٢) الوكيل يعمل باسمه الشخصي ، ويغلب أن يكون اسماً مستعاراً
(prête-nom) .

المبحث الأول

الوكيل يعمل باسم الموكل

٢٩٩ - عرفت كل من الوكيل والموكل بالغير : في الصورة المألوفة من الوكالة يعمل الوكيل باسم الموكل نائباً عنه في التعاقد . وقد سبق أن بحثنا علاقة الوكيل بالموكل في هذه الصورة ، وبيننا أن عقد الوكالة ينشئ التزامات في ذمة الوكيل وأخرى في ذمة الموكل ، وبسطنا القول في هذه الالتزامات جميعاً . وبقي أن نبحث علاقة الوكيل بالغير الذي يتعاقد معه ، ثم علاقة الموكل بهذا الغير .

٣٠٠ - نطيس أحكام النيابة : وفي كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة ، فإن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه كما قدمنا . وقد سبق أن عرفنا النيابة في الجزء الأول من الوسيط بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل ، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو^(١) . والمصدر الذي يستمد منه النائب نيابته إما أن يكون القانون كما في الولي ، فإن القانون هو الذي يعين الأولياء ، وتكون النيابة نيابة قانونية^(٢) . وإما أن يكون القضاء كما في الوصي بالقيم والحارس للقضائي والسنديك ، فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء ، وتكون النيابة نيابة قضائية . وإما أن يكون الاتفاق كما في الوكيل ، فإن عقد الوكالة النيابة هو الذي يستمد منه الوكيل نيابته عن الموكل ، وتكون النيابة نيابة اتفاقية^(٣) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٨٩ .

(٢) وتعتبر نيابة قانونية نيابة الفضولي عن رب العمل ، ونيابة الدائن عن المدين عند ما يباشر الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين .

(٣) وقد قدمنا أن الوكيل قد لا يعمل باسم الموكل وإن كان يعمل لحسابه ، وتكون الوكالة في هذه الحالة وكالة غير نيابية ، إذ هي لا تمتد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل ، وإن كانت تلزمه =

= بالعمل لحساب الموكل ولكن باسمه الشخصي، فيكون مسخراً أو اسماً مستعاراً . ومن ذلك نرى أن الوكالة غير النيابة ، فقد تقوم الوكالة دون أن تقوم النيابة كما هو الأمر في الوكالة غير النيابة التي نحن بصدددها ، وقد تقوم النيابة دون أن تقوم الوكالة كما في نيابة الولي والوصي والقيم والفضولي والحارس القضائي .

أما في خصوص الوكالة النيابة ، وهي التي تمتد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل فتجتمع فيها الوكالة والنيابة معاً ، فهناك اتجاه حديث في الفقه ، وبخاصة في الفقه الألماني وفي الفقه الإيطالي ، يذهب إلى التمييز بين الوكالة والنيابة . فالوكالة في ذاتها من حيث هي عقد لا تمتد الوكيل بصفة النيابة ، بل هي ترتب التزامات في جانب الوكيل يقوم بها لحساب الموكل ، والتزامات أخرى في جانب الموكل يقوم بها نحو الوكيل . فإذا أراد الموكل أن يجعل الوكيل نائباً عنه ، فيعمل الوكيل لا فحسب لحساب الموكل بل أيضاً باسم الموكل ، فإن النيابة في هذه الحالة يكون مصدرها إرادة الموكل المنفردة لا عقد الوكالة ذاته . ومؤدى هذا الاتجاه أن الوكالة النيابة تشمل على عنصرين : عنصر الوكالة ويتحقق باتفاق بين الموكل والوكيل وهذا هو عقد الوكالة ، وعنصر النيابة ويتحقق بإرادة الموكل المنفردة دون حاجة إلى قبول الوكيل . ويلخص الأستاذ جمال مرسى بدر هذا الاتجاه الحديث في العبارات الآتية : «ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث في التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقداً ترتب عليه التزامات متبادلة وبين الإنابة باعتبارها إرادة صادرة عن الأصيل بخولة النائب صفة النيابة ، تمييز واضح بين سلطة النائب في القيام بعمل قانوني تعود آثاره مباشرة على الأصيل وبين واجب الوكيل بالقيام بالعمل القانوني لحساب موكله . فالنيابة في جوهرها تحويل للنائب حق إبرام عمل قانوني تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل ، بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة . . . وإذا كانت الإنابة عملاً صادراً عن إرادة الأصيل ورامياً إلى تحويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل دون النائب ، فإن كيان الإنابة يتحقق بمجرد صدور تلك الإرادة عن الأصيل بدون أن يرتبط ذلك بأي عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره ، بل وبغير حاجة إلى قبول النائب للإنابة . والإنابة قد تصدر عن الأصيل موجهة إلى النائب ، أو موجهة إلى الغير . ففي الفرض الأول يكتفى الأصيل بإعطاء النائب صفة النيابة عنه بإرادة موجهة إليه ذاته تمثل غالباً في سند مكتوب يسلم إلى النائب ، وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح الدارج لفظ «التوكيل» . وفي الفرض الثاني يقوم الأصيل بإبلاغ تلك الإرادة المسبغة على النائب صفته إلى الغير ، وهذا الفرض الثاني يحتمل صورتين : الأولى أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير الذي سيتعاقد معه النائب بالذات ، والثانية أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر . وقد اصطلح على تسمية الإنابة الموجهة إلى النائب نفسه بالإنابة الداخلية (procuration interne) ، وتسمية الإنابة الموجهة إلى الغير بالإنابة الخارجية (procuration externe) » (جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٩٢ - ص ٩٤ - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع معهد القانون الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ١٣ - فقرة ١٤ ص ٢٨ - ص ٣١) . وانظر أيضاً سالي في الترجمة الفرنسية الرسمية للتقنين المدني الألماني ١ ص ٢١١ في التعليق على المادة ١١٦ من التقنين المدني الألماني .

وهذا التمييز ما بين النيابة والوكالة تظهر نتائجه العملية في فروض ، منها نيابة موظف المحل التجاري عن صاحب المحل ونيابة الممثلين التجاريين والجوابين والطوائف ومندوبي التأمين عن =

وقد قدمنا ، عند الكلام في النيابة في الجزء الأول من الوسيط ، أن «الفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما محل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل» (١) ، وقد تعددت النظريات القديمة والحديثة في هذه المسألة . فكان الرأي القديم يبنى التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل على إرادة الأصيل المفترضة (fictive) ، ثم قال سافيني بعد ذلك بأن التصرف يقوم على إرادة الأصيل الحقيقية لا المفترضة ، وأن النائب ليس إلا رسولا يبلغ إرادة الأصيل . أما النظريات الحديثة فتذهب إلى أن التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل يقوم على إرادته هو لا على إرادة الأصيل ، كما سبق القول . فإرادة النائب محل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل . كما يقول ميتيس (Mitteis) . والذي أخذ به التقنين المدني الجديد من هذه النظريات المختلفة هو أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا على إرادة الأصيل المفترضة أو الحقيقية ولا على الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل (٢) .

= شركاتهم ونيابة الزوج عن الزوجة أو الزوجة عن الزوج ، دون أن يكون هناك في هذه الفروض عقد وكالة . وقد قدمنا أن هذه الفروض يواجهها الفقه التقليدي بنظرية الوكالة الضمنية ، فهناك عقد وكالة ضمني تستمد منه النيابة . وتظهر نتائج عملية أخرى في مجاوزة الوكيل حدود الوكالة أو في العمل بعد انتهاء الوكالة ، فيرتبط الموكل بهل الوكيل بالرغم من انعدام الوكالة لأن النيابة تقوم هنا مستقلة عن الوكالة . وهذه النتائج يواجهها الفقه التقليدي ، كما سنرى ، بنظرية الوكالة الظاهرة . ولعل أهم فرق تظهر فيه أهمية التمييز بين الوكالة والنيابة هو في أدلية الموكل والوكيل ، فإن الأهلية في الوكالة تختلف عن الأهلية في النيابة ، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ في آخرها في الهامش) ، وكذلك في إقرار الموكل لتصرفات الوكيل التي يتجاوز بها حدود الوكالة (انظر ما يلي فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ .

(٢) انظر عرضاً شاملاً للنظريات المختلفة في بيان طبيعة النيابة : جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٤٤ - ص ٧١ - وقد وضع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما مشروع قانون موحد في شأن النيابة نشر في سنة ١٩٥٥ ، وقد أخذ هذا المشروع (١٢م) بنظرية =

وكذلك تقضى أحكام النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب . وقد اختلف فى تفسير ذلك أيضاً من الناحية الفقهية ، إذ كيف تكون الإرادة هى إرادة النائب ومع ذلك ينصرف أثرها لا إليه هو بل إلى الأصيل ؟ وقد تعددت الآراء فى تفسير ذلك . فذهب متيس فى ألمانيا وكوربسكو فى فرنسا وتارتوفارى فى إيطاليا إلى أن أثر النيابة الاتفاقية ينصرف إلى الموكل عن طريق اشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما فى النيابة القانونية فالقانون هو الذى يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ويصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى النائب (١) . وذهب كلارينز

= الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل (انظر جمال مرسى بدر - دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص سنة ١٩٥٩ فقرة ٦) .

وقد بين الأستاذ جمال مرسى بدر فى وضوح أن التقنين المدنى الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتى النائب والأصيل ، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من هذا التقنين تقول فى صراحة : « إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً » . وإذا كان التقنين المدنى فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقول : « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » ، فهو لا يقصد بهذه الفقرة الاعتراف بإرادة الأصيل . إذ لو أراد ذلك ، لا عتد بهذه الإرادة فى الصورة العكسية وهى جهل الأصيل بظروف يعلمها النائب ، مع أنه فى هذه الصورة العكسية يعتد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل . والناية من هذه الفقرة الثانية إنما هى ، كما يقول الأستاذ جمال مرسى بدر ، « قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سبب النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينمق بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحاً لو عقده الأصيل ، وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون » (جمال مرسى بدر - دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ ص ١٥) .

ويشير الأستاذ جمال مرسى بدر إلى ما قاله الأستاذ پاكيوفى فى فقد نظرية اشتراك الإرادتين من أن « الإرادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية إرادة صناعية ملفقة من أجزاء من إرادتين مختلفتين متميزتين هما إرادة النائب وإرادة الأصيل . ومثل هذه الإرادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون إرادة تعاقدية ، لأن الإرادة التى يبنى عليها القانون آثاراً قانونية إنما هى ذلك النشاط النفسى الموحد الصادر من الشخص بقصد إحداث أثر قانونى معين ، ولا كذلك تلك الإرادة الملفقة من أشتات إرادتى النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الإرادتين » (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ٦٢) .

.. (١) ويقصد بالنيابة القانونية هنا النيابة ، لا بالنسبة إلى المصدر الذى يضى على النائب =

إلى أن إرادة النائب - وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل - هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذي يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وخدمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية . وذهب جمال مرسى بدر إلى أن الغاية الاجتماعية من التصرف القانوني الذي يبرمه النائب هي التي تصرف أثر هذا التصرف إلى شخص الأصيل ، إذ « الإرادة في التصرف القانوني غير مقصورة لذاتها ، وإنما هي وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي المقصود من هذا التصرف . . (و) ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها ، فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر . فتكون الغاية للأصيل والوسيلة إليها للنائب »^(١) . وبعد استعراض هذه المناقشات

= صفة النيابة، بل بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، فتنظم النيابة القانونية بهذا المعنى كلا من النيابة القضائية والنيابة القانونية بالمعنى الآخر (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١) .
(١) جمال مرسى بدر - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٤ ص ٨ - ص ٩ - وانظر أيضاً لنفس المؤلف النيابة في التصرفات القانونية ص ٧٢ - ص ٨١ .

ويعمل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف مع ذلك أثرها إلى الأصيل ، بأن الالتزام لم يعد ، كما كان في القانون الروماني ، رابطة بين شخصين ، بل هو رابطة بين ذمتين حالييتين . وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحمل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويتخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية ، وأنه إذا صلح في النيابة على مجموع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح في تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقيهان ليئي أولمان وبوبسكو رامنسيانو تعليلا آخر ، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانوني كالشرط والأجل ، فالتصرف القانوني المبسوط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما في التصرف القانوني الموصوف بوصف النيابة فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأي بأن الوصف أمر عارض بآتي بعد أن يستكمل التصرف القانوني كل مقوماته ، أما النيابة فهي تتصل بصميم التصرف القانوني إذ تعين طرف العقد الذي ينصرف إليه أثره ، وهذا ركن من أركان العقد وليس يأمر عارض . ويرى مادويه أن القانون هو الذي رتب الأثر على إرادة النائب وصرف هذا الأثر إلى الأصيل ، إلا أن القانون في ذلك لابد أن تحركه الإدارة ، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصيل في النيابة الاتفاقية ، وإرادة النائب وحده في النيابة القانونية . وينقص هذا الرأي أن يعمل كيف ترتب الأثر على إرادة النائب ، ومع ذلك انصرف الأثر لا إلى النائب بل إلى الأصيل ، وهذا هو الجوهر في المسألة تركه الرأي الذي نحن بصددده على حاله غامضاً دون أن يفسره .

الفقهية ، نرى أنه لا غرابة في أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته التزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها — وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام في القانون الروماني — إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة ، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع باطراح الشكلية ونبذها ، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير حيث ينصرف أثر إرادة المشترط إلى المنتفع ، وكما هو الأمر في النيابة حيث ينصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل . وإذا انصرف في النيابة أثر إرادة النائب إلى الأصيل ، فإنما يكون ذلك بتسليط من الأصيل في النيابة الاتفاقية ، وبتسليط من القانون في النيابة القانونية^(١) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك قاعدتين جوهريتين نستخلصهما من أحكام

= أما الرأي التقليدي الذي يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل ، فهو أقل تماسكاً من الآراء المتقدمة . إذ يفترض هذا الرأي أن الأصيل لا النائب هو الذي أبرم العقد مع الغير ، وأن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا في حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مائة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور في حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً في أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو في وضوح أن الإرادة هي إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتعذر تصور هذا في حالة الفضولي وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه ، فالإرادة دون شك إرادة الفضولي والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص في حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هي إرادة المحجور لا إرادة الولي إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً في حالة الحارس القضائي ، فهو يتصرف في المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، ويتصرف غالباً بالرغم من إرادة الأصيل . (١) والقول من الناحية الفنية ، باقتصار أثر التصرف على من اشترك فيه دون أن ينصرف الأثر إلى الغير ، إنما هو قول يجري على قاعدة ضيقة ورثناها عن القانون الروماني لأسباب ترجع إلى أساليب الصياغة الفنية في هذا القانون . وقد زالت هذه الأسباب ، ومع ذلك بقينا محتفظين بالنتائج التي تترتب عليها . ولا شيء يمنع ، في المنطق القانوني الحديث ، من أن يباشر شخص تصرفاً وينصرف أثره إلى آخر ، إذا كانت هذه هي إرادة من باشر التصرف وإرادة من ينصرف أثر التصرف إليه .

النيابة : (١) يقوم التصرف الذى يبرمه النائب على إرادة النائب وحده دون إرادة الأصيل . (٢) ولكن ينصرف أثر هذا التصرف إلى الأصيل دون النائب .

فستعرض الآن علاقة الوكيل بالغير الذى يتعاقد معه ، تم علاقة الموكل بهذا الغير ، لنطبق عليهما هاتين القاعدتين الجوهريتين .

§ ١ - علاقة الوكيل بالغير

٣٠١ - يقوم التصرف الذى يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة

الموكل : رأينا ، عند الكلام فى النيابة ، أن المادة ١٠٤ مدنى تنص على أنه « ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ، ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » . وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى ، كما رأينا ، إلى المادة ١٠٤ مدنى سالفه الذكر فيما أحالت إليه من المواد (١) .

فالتصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير يقوم على إرادته هو ، لا على إرادة الموكل ، ويترتب على ذلك أن الوكيل يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة ، فيجب أن يكون مميزاً وإن كان لا يشترط أن يكون أهلاً للتصرف الذى يعقده مع الغير لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه ، وإنما ينصرف إلى الأصيل ، ومن ثم يجب أن يكون هذا الأخير هو الذى تتوافر فيه أهلية هذا التصرف ، وقد سبق بيان ذلك (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فى علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير تتفق أحكام الوكالة مع أحكام النيابة بوجه عام ، فالوكيل نائب عن الموكل فى تعاقد مع الغير . وينشأ العقد الذى يبرمه الوكيل لحساب الموكل وتترتب آثاره على الوجه المبين فى المواد ١٥٧ - ١٦٠ من المشروع . فيكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها (م ١٥٧ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٨ .

ولا يكفي أن يكون الوكيل ممزاً ، بل يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب ، فلا تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وإلا كان العقد الذي يبرمه مع الغير قابلاً للإبطال ، حتى لو كانت إرادة الموكل لم يشبها عيب من هذه العيوب ، فالعبرة كما قدمنا بإرادة الوكيل لا بإرادة الموكل .

وإذا كانت الوكالة في شراء منزل مثلاً عينه الموكل للوكيل ، وكان في المنزل عيب خفي ، فالخفاء الذي يعتد به هو الخفاء على الوكيل لا على الموكل . فلو كان الوكيل يعلم بالعيب لم يجز الرجوع بضمان العيب الخفي على البائع ، حتى لو كان الموكل لا يعلم بالعيب ، لأن شخص الوكيل لا شخص الموكل هو محل الاعتبار عند النظر في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ مدني فيما رأينا . وإذا كان الوكيل لا يعلم بالعيب ، جاز الرجوع بالضمان ، ولكن بشرط أن يكون الموكل هو أيضاً لا يعلم بالعيب . أما إذا كان الموكل يعلم بالعيب ، فلا يجوز الرجوع بالضمان وإن كان العيب خفياً على الوكيل ، ذلك أن الموكل هو الذي عين المنزل للوكيل ووكله في شرائه وهو عالم بما ينطوي عليه من العيب ، فلا يجوز له التمسك بجهل الوكيل « لظروف كان يعلمها هو » كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدني سالفة الذكر . وليس الاعتداد بالعيب هنا اعتداداً بإرادة الموكل ، بل هو منع للتعسف ، فإن الموكل وقد عين المنزل الذي يريد شراءه ويعلم العيب الذي فيه يكون متعسفاً إذا هو أراد الرجوع بضمان العيب الخفي (١) .

٣٠٢ — ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى

شخص : رأينا أن أحكام النيابة تقضى بالأثر ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه

(١) انظر في هذا المعنى جمال مرسي بدر - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ - وانظر آنفاً فقرة ٢٩٩ في الهامش - وقارن الوسيط ١ فقرة ٨٦ .

كذلك إذا تعاقد الوكيل مع الغير وهو يعلم بتوقفه عن الدفع ، اعتد بهذا العلم حتى لو لم يكن الموكل عالماً بذلك (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤٩ ص ٢٤٩ - نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٥٩ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٥١٤ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣)) .

الوكيل إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الموكل^(١). وتقول المادة ٨٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إن الوكيل الذي يعمل بصفته وكيلا ، ولا يتعدى حدود سلطته ، لا يترتب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدتهم . ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل^(٢) . فلا يجوز إذن للغير الذي تعاقد مع الوكيل مطالبة هذا الأخير بالتزامات التي نشأت عن هذا التعاقد . فإذا كانت الوكالة في الشراء مثلا ، فإن البائع يرجع بالثمن على الموكل لا على الوكيل ، وذلك ما لم يكن تنفيذ الوكالة داخلا في مهمة الوكيل ، فيجوز في هذه الحالة أن يطالب البائع الوكيل بالثمن . وتقول المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا المعنى : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد ، حين يكون تنفيذه داخلا حتما في وكالته^(٣) . كذلك لا يجوز للوكيل أن يطالب الغير الذي تعاقد معه بالتزامات التي ترتبت في ذمة هذا الغير بموجب هذا التعاقد ، فإذا كانت الوكالة في البيع مثلا ، فإن الموكل لا الوكيل هو الذي يطالب المشتري بالثمن ، وذلك ما لم يكن الوكيل قد وكل أيضاً في قبض الثمن^(٤) .

ولا يكون الوكيل مسئولاً إذا كان التصرف الذي عقده مع الغير باسم الموكل باطلا أو قابلاً للإبطال ، وذلك ما لم يثبت في جانبه خطأ شخصي . فإذا وفي الغير مبالغ للوكيل ، وجاز إبطال هذا الوفاء بسبب إفلاس الموكل ، لم يكن الوكيل مسئولاً^(٥) . ولا ترفع دعوى البطلان أو الإبطال على الوكيل وإنما ترفع على الموكل ، كما لا يرفع الوكيل دعوى البطلان أو الإبطال لمصلحة الموكل إلا إذا وكل في ذلك توكيلا خاصاً .

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٠٠ - أو برى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤ - كولان وكايتان. ردى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٥ - الوسيط ١ فقرة ٩٢ - فإذا وكل شخص مصرفاً في أن يفتح له اعتماداً في مصرف آخر ، ونفذ المصرف الأول الوكالة ، فإنه لا يكون ملتزماً شخصياً ، بل الملتزم هو المصرف الآخر الذي فتح الاعتماد (السين ٧ يونيو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٩٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٤١ .

(٥) باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ جازيت دي تريبينو ١٣ يوليو سنة ١٨٩٩ - بودرى. وقال في الوكالة فقرة ٨٠٠ .

وسنرى أنه إذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصي ، سواء كان مسخراً (اسماً مستعاراً) أو اختار تنفيذ الوكالة على هذا الوجه ، انصرف أثر التعاقد إلى شخصه من حقوق والتزامات ، فيصبح هو الدائن للغير الذى تعاقد معه والمدين له^(١) .

٣٠٣ - متى يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير : ولا يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير^(٢) ، إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته . فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولاً ، حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص فى قبض شيك مزور وهو لا يعلم تزويره ، لم يكن مسئولاً إذا قبضه ، ويرجع البنك على الموكل لا على الوكيل^(٣) . وإذا وكل شخص فى تحويل حق موكله ، لم يكن مسئولاً عن إعسار المحال عليه ولو ضمن هذا الإعسار باسم موكله ، ويرجع المحال له فى هذه الحالة على الموكل لا على الوكيل^(٤) . أما إذا ارتكب الوكيل خطأ ، فإنه يكون مسئولاً قبل الغير^(٥) . فإذا

(١) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ سيرييه ٧٧ - ١ - ١٥٢ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٠٧ - بون ١ فقرة ١٠٧٩ - لوران ٢٨ فقرة ٧٦ - جيوار فقرة ١٩٢ مكررة وقرة ٢٠٧ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠٠ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

وإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وباسمه الشخصي ، انصرف أثر التعاقد إليه وإلى الموكل معاً (بون ١ فقرة ١٠٦٢ - جيوار فقرة ١٩٣ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠١) .

(٢) والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد معه الوكيل . وهناك أغيار آخرون قد يرتكب الوكيل خطأ يجعله مسئولاً قبلهم . من ذلك أن الوكيل فى إدارة مزرعة إذا اغتصب أرض الجار بصفته وكيلاً ، جاز للجار أن يرجع عليه شخصياً بدعوى استرداد الحيازة (نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٥ دالوز ٩٠ - ١ - ١٥١ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٣١) .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٦ سيرييه ٨٧ - ١ - ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢ - السنين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ La Droit ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٥ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩ - نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٥١ - ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٣١٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٨٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣١ سيرييه ١٩٣١ - ١ - ٢٧٠ - ٣ مارس سنة ١٩٣٧ سيرييه ١٩٣٧ - ١ - ١٦٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ سيرييه ١٩٤٠ - =

دلس الوكيل على الغير في تعاقدته معه أو أكرهه على التعاقد ، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد ، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل كما سبق القول^(١) ، وجاز له أيضاً أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه^(٢) . وإذا باع الوكيل عيناً لموكله ، وأخفى عن المشتري غشاً عيباً كان المشتري يستطيع تبيينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، كان الوكيل مسئولاً ، ونتمثل مسئوليته في هذه الحالة بجواز أن يرجع المشتري بضمان العيب الخفي على الموكل (م ٤٤٧ / ٢ مدني) ، ويرجع هذا على الوكيل بالتعويض . وإذا ارتكب محام سباً أو قذفاً في حق خصم موكله ، أو قدم ضده بلاغاً كاذباً بسوء نية وهو في صدد تنفيذ الوكالة^(٣) ، فإن المحامي يكون مسئولاً نحو خصم موكله عن الخطأ الذي ارتكبه^(٤) .

= ١ - ٦٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ D.A. ١٩٤٢ - ١٢٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٠٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٥ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - وسوء نية الوكيل يعتد به إذا تواطأ مع الغير في تعاقدته معه ، فيجوز لدائن الغير الطعن في التصرف بالدعوى البولصية ، وكذلك إذا تعامل وكيل الدائن مع المفلس في فترة الريية ، فإنه يعتد بعلم الوكيل بتوقف المفلس عن الدفع (بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧) .

(٢) وهذا لا يمنع الغير من الرجوع بالتعويض أيضاً على الموكل ، لأن هذا الأخير مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل كما سئرى (انظر مايلي فقرة ٣٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ - نقض فرنسي ٩ فبراير سنة ١٩٤٩ جازيت دي باليه ١٩٤٩ - ١ - ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٤) ويبقى الوكيل مسئولاً حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل (نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣ - ١ - ٣٢١ - ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٨٠ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ - ١ - ١٢٣ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠ - ١ - ٣١٩ - ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٧٠ - لوران ٢٠ فقرة ٤٤٩ - جيوار فقرة ٢١٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٠٢) . فإذا وكل أحد البنوك في طرح أسهم شركة للاكتتاب ، كان البنك مسئولاً نحو المكتتبين عن البيانات الخاطئة التي قدمتها الشركة إذا كان عالماً بخطأها (نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٧٠) . وإذا اشترك الوكيل في الطرق الاحتيالية الصادرة من الموكل لدفع الغير إلى التعاقد مع الوكيل ، كان هذا مسئولاً نحو الغير (نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٠٢) . ويكون الوكيل مسئولاً عن صحة البيانات التي يقدمها للغير الذي يتعاقد معه (باريس ٦ فبراير سنة ١٨٩٩ جازيت دي تريبينو أول أبريل سنة ١٨٩٩) . وإذا كان التوكيل واقعاً على تصرف يعتبر جريمة ، كان الوكيل مسئولاً جنائياً مع الموكل (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٠٢) .

وقد يرتكب الوكيل خطأً وهو ينفذ الوكالة ، في إيقاع الغير الذي يتعاقد معه في خطأ في شأن حدود وكالته . والأصل أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته كما سنرى . فلا يكون الوكيل مسئولاً إذا جاوز حدود الوكالة ، وكان الغير يعلم أو ينبغي أن يعلم بذلك^(١) . ولكن يجوز أن يتعمد الوكيل إيهام الغير ، فيتعاقد معه مجاوزاً حدود وكالته^(٢) أو بعد انتهاء هذه الوكالة ، فلا يسرى التعاقد في حق الموكل ، ويكون الوكيل مسئولاً قبل الغير ويرجع هذا عليه بالتعويض . كذلك يجوز أن يضمن الوكيل للغير أنه يعمل في حدود التوكيل ، فيكون مسئولاً قبله لو جاوز هذه الحدود^(٣) . ويصبح كذلك أن يضمن الوكيل للغير تنفيذ الموكل للالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل مع الغير ، فيكون الوكيل في هذه الحالة مسئولاً نحو الغير مسئولية الكفيل^(٤) . ويجوز أيضاً أن يقتصر الوكيل على ضمان إقرار الموكل للتصرف فيما جاوز حدود الوكالة ، فإذا لم يصدر هذا الإقرار كان الوكيل مسئولاً عن التعويض^(٥) ، أما إذا صدر الإقرار ، فإن الوكيل تبرأ ذمته من الضمان ولا يكفل

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٥ - ١٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٠٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ - وللقاضى أن يقدر المدى الذى ذهب إليه الوكيل في ضمان حدود وكالته (فقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨٧ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٤٩٢ - ديجون ٢٥ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٤٠٥) . وله أن يعتبر ، بحسب الظروف ، أن مجرد تعاقد شخص مع الغير بصفته وكيلًا ، يجعله ضامناً لهذه الصفة لمن تعاقد معه (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٠٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦) . وانظر في تأسيس مسئولية الوكيل في مجاوزته لحدود الوكالة على نظرية الخطأ عند تكوين العقد وفي تمييز التقنين المدنى الألمانى (م ١٧٩) بين علم النائب بالمجاوزة وبين جهله بذلك : جمال مرسى بدر - دراسات في نظرية النيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٣١ - فقرة ٣٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧١ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٥) والأصل أن الوكيل يضمن لمن تعاقد معه إقرار الموكل لما جاوز فيه حدود الوكالة ، فإذا لم يقر الموكل ، كان على الوكيل أن يعرض الضرر الذى يحتمل أن يلحق الغير المتعامل معه بسبب عدم التزامه حدود التوكيل . بل وقد تلزمه هذه المسئولية حتى لو أخبر الغير بسعة وكالته ، =

الموكل في تنفيذ التزاماته^(١) . وعلى أى حال يجوز أن يستخلص من مجرد علم الغير بأن الوكيل يعمل دون نيابة ، إعفاء الوكيل من المسؤولية إذا لم يقر الموكل التصرف^(٢) .

وسنرى فيما يلي أن الوكيل إذا ارتكب خطأ ، فإن الموكل قد يكون مسئولاً عنه نحو الغير .

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير

٣٠٤ - انصراف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخص

الموكل : تقدم أن نظرية النيابة تقضى بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل ، ولو أن الإرادة التى يقوم عليها التصرف هي إرادة النائب لا إرادة الأصيل ، وهذه الظاهرة هي أبرز الظواهر في نظرية النيابة^(٣) . وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى ، التى تقدم ذكرها^(٤) ، إلى المادة ١٠٥ مدنى فى هذا الصدد ، وهذه المادة الأخيرة تنص على أنه « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل^(٥) » .

= إذا كان من حق الغير أن يعتمد على أن الوكيل سيحصل على إقرار الموكل فيما قام به خارج حدود الوكالة (استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣ ص ٢٢) .

(١) ويكون هذا من الوكيل ، لا كفالة كما فى الفرض السابق ، بل تعهداً عن الغير (بيدان ١٢ فقرة ٣٢٧ - پلاتيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٤٤) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٢ - وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللباني فى هذا الصدد : « ولا يلزم الوكيل بضمأن ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافى على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) . والوكيل هو الذى يثبت علم الغير ، وتقول المادة ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد : « إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أنه يجيز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) - وانظر أيضاً المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فيما يلى فقرة ٣٠٥ فى أولها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٥) وتنص المادة ٩٤٢ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ... إذا تعاقد الوكيل =

فيجب إذن أن يعمل الوكيل في حدود وكالته ، فلا يجاوز هذه الحدود ، حتى ينصرف أثر التصرف الذي يعقده مع الغير إلى شخص الموكل : ومن ثم جاز للغير أن يطلب من الوكيل أن يثبت وكالته ويبين حدودها^(١) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينحول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨/٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه »^(٢) . وقد حذفت هذه الفقرة « لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ،

= باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه » . وتنص المادة ٨٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللباني على أن « الأعمال التي يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل ويضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها » . وتنص المادة ٨٠٥/١ من نفس التقنين على أن « يلزم الموكل أن يقي مباشرة بالعهود التي قطعها الوكيل لحسابه ضمن السلطة الممنوحة له في الوكالة » . (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش) .

(١) وينصرف أثر التصرف إلى الموكل حتى لو كانت الوكالة ثابتة في توكيل آخر غير الذي كان في ذهن الغير الذي تعاقد مع الوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٣٦ ص ١٧١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١) .

(٢) وقد حذفت هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ « لما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها ، لأن الشخص الذي يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفي ، وقد يصير على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذلك ، فالمرجع في هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ٩٧ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١) .

وكانت المادة ٥١٨ / ٦٣٤ من التقنين المدني القديم تنص على أنه « لمن يعامل الوكيل الحق في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش ، وانظر استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) . وتنص المادة ٨٠٣ من تقنين الموجبات والعقود اللباني على أنه « عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفته وكيلاً أن يطلب منه إبراز صك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة صورة رسمية من هذا الصك » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش) .

وإذا وقع خلاف بين أصل التوكيل وصورته ، فالعبرة بالأصل ، ولا يكون الموكل مسئولاً عما وقع في الصورة من تحريف متعمد أو غير متعمد (لوران ٢٨ فقرة ٥٩ - جيوار فقرة ١٨٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٧٤) . فإذا وقع تحريف في التوكيل عند نقله بطريقة مثلاً أو بسبب تزوير من الوكيل أو من الغير ، لم يكن الموكل مسئولاً عن هذا التحريف ، ويرجع الغير الذي تعامل على أساس هذا التوكيل المحرف مع الوكيل على من يكون التحريف منسوباً إليه (جيوار فقرة ١٨٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٧٤ وفقرة ٧٨٠ ص ٤١٥) .

في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها» (١).

فإذا لم يجاوز الوكيل حدود وكالته ، قامت العلاقة مباشرة ، في التصرف الذي يعقده مع الغير ، بين هذا الغير والموكل ، ويختفي شخص الوكيل فيما بينهما طبقاً للقواعد المقررة في النيابة . ويترتب على ذلك أن للموكل أن يرجع مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد في ذمة الغير ، وكذلك للغير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي نشأت له من هذا التعاقد . فيكسب الموكل الحقوق التي تولدت له من العقد الذي أبرمه الوكيل مع الغير ، ويطالب الغير بها دون وساطة الوكيل . ويكسب الغير الحقوق التي تولدت له من هذا العقد ، ويرجع بها مباشرة على الموكل دون وساطة الوكيل كذلك (٢) .

وإذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل في حدود وكالته ، كانت هذه الورقة حجة على الموكل بتاريخها العرفي ، فتكون دليلاً كتابياً كاملاً ضد الموكل ، ويكون تاريخها العرفي غير الثابت حجة على الموكل (٣) . وإذا لم تصلح الورقة إلا لتكون مبدأً ثبوتاً بالكتابة ، فإنها تصلح كذلك أن تكون مبدأً ثبوتاً

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٤ - ص ٩٧ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٧١٣ مدني ما يأتي : « كذلك ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الوكيل باسم الموكل ، سواء في ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، إلى الموكل مباشرة . ومن أجل ذلك أعطى للغير الذي يتعاقد مع الوكيل الحق في مطالبته بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة . فإن كانت الوكالة ثابتة في ورقة مكتوبة ، فالغیر أن يحصل على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيع الوكيل ، فيستطيع الغير بذلك أن يرجع على الموكل مباشرة بمقتضى هذا التوكيل : م ١٥٨ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٦) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٩٤ .

(٣) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٥٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ - كولان وكابيتان دي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٧ - محمد علي عرفة ص ٤٠٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣ .

وتظهر الأهمية في حجية التاريخ العرفي على الموكل بوجه خاص فيما إذا كان هذا التاريخ العرفي سابقاً على انتهاء الوكالة ، فينصرف أثر التصرف الذي تضمنته الورقة ذات التاريخ العرفي إلى شخص الموكل دون أن يستطيع التمسك بأن التاريخ العرفي ليس حجة عليه . ويستطيع أن يثبت =

بالكتابة بالنسبة إلى الموكل^(١) . وإذا صدر إقرار من الوكيل في حدود وكالته ، كان هذا الإقرار حجة أيضاً على الموكل^(٢) . وإذا أبرم الوكيل في حدود وكالته عقداً صورياً ، فإن ورقة الضد تكون حجة على الموكل^(٣) . وإذا صدر حكم على الوكيل بصفته هذه ، نفذ الحكم على الموكل^(٤) . والإعلانات التي توجه من الوكيل أو إليه في حدود الوكالة ، تعتبر موجهة من الموكل أو إليه^(٥) . وإذا قطع الوكيل التقادم بعمل صادر منه ، اعتبر هذا العمل صادراً من الموكل^(٦) . وإذا وفى الوكيل دين الموكل نيابة عنه ، اعتبر الوفاء حاصلًا من الموكل لا من الوكيل^(٧) .

= بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفي للورقة لا يتفق مع الحقيقة، وأنه قدم لتكون الورقة سابقة على انتهاء الوكالة وذلك حتى يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (جيوارفقرة ١٨٥ وفترة ٢١٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١١) .

(١) نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٨٩٠ سيري ٩٠ - ١ - ٣٨٥ - ٧ مارس سنة ١٨٩٣ سيري ٩٣ - ١ - ٢٩١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ١٤٧ . (٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٥ ص ٢٩١ - نقض فرنسي ٩ أبريل سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٣١٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيري ٩٥ - ١ - ٢٢٦ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٤٨٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٤٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ .

(٣) بون ١ فقرة ١٠٦٣ - لوران ٢٨ فقرة ٥٣ - جيوارفقرة ١٨٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١٢ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ - محمد علي عرفة ص ٤٠٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣ .

(٤) جيوارفقرة ١٨٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ - ويكون للحكم قوة الشيء المقضي بالنسبة إلى الموكل (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣) - ولا يجوز للموكل أن يعترض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة (اشتتاف مختلط ٢٠ أبريل ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠١ - نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٧٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ . (٥) اشتتاف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ (إعلان الشفعة للوكيل) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١ - نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر رقم ١٣١ ص ٢٣٧ (يكفي لصحة الإعلان أن يجيء اسم الوكيل مقروناً باسم الموكل) .

(٦) نقض فونسي ١٨ مارس سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ١٥١ - ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٤٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ .

(٧) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن ما يبرمه الوكيل في حدود الوكالة يضاف إلى =

وتقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل ، فإن التصرف الذي يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذي يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل^(١) .
ويقع على الغير عبء إثبات أن الوكيل قد تصرف في حدود الوكالة ، حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف^(٢) .

= الأصل ، فإذا كان الثابت أن المورث إذ أبرم عقد البيع بالنسبة إلى حصة موكلته التزم في هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة ، وكان التزامه هذا مندرجاً ضمن حدود وكالته بالبيع فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها آثاره . ومن ثم لا يكون في حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مديناً لموكلته بما قبضه دائئاً لها بما دفع ، وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدي إليها ما تسفر عنه أعماله ، ولا يصح القول في هذه الحالة بقيام مقاصة قانونية بين الثمن الذي قبضه الوكيل والدين الذي أداء عن موكلته (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٧ ص ١٥٤) .

(١) نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ١٠٧٢ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - نقض فرنسي ١٤ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٤٤ - ٢٩ يوفيه سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ - ١ - ٣٣٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ - ١ - ١٤٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٨ - وكذلك إذا استغل الوكيل الوكالة لمصلحته الشخصية على وجه ظاهر لا يخفى على الغير ، كما إذا كان وكيلاً بالرهن فزهن أموال الموكل لدائنيه الشخصيين ، فإن التصرف لا ينصرف أثره إلى الموكل (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ وهامش ١٢) . ولكن الغير لا يلتزم باتخاذ الاحتياطات لمنع الوكيل من الإضرار بحقوق الموكل ، مادام لم يشترك معه في الخطأ (استئناف مختلط ٧ يوفيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) ، ولو اشترط في التوكيل أن يعمل الوكيل ما فيه المصلحة للموكل (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠) .

أما إذا تصرف الوكيل في حدود الوكالة دون غش ، فإن تصرفه ينصرف أثره إلى الموكل حتى لو لحق هذا الأخير غبن من وراء هذا التصرف ، وأثر الغبن لا يظهر في علاقة الموكل بالغير ، وإنما يظهر في علاقة الموكل بالوكيل فيكون الوكيل مسئولاً عن الغبن قبل الموكل عند تقديم الحساب عن وكالته . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر ، وإذن فتي كان التوكيل يبيح لإجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذي عقده الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسب النزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته ، أقام قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته ، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله ، لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يوفيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٨ .

٣٠٥ - خروج الوكيل عن حدود الوكالة - مجاوزة هذه الحدود

أو العمل دون وكالة أو بعد انتهائها : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى هذا الصدد . فكانت المادة ٩٩٠ من هذا المشروع تنص على أنه : « ١- إذا أبرم شخص عقداً باسم غيره دون توكيل ، أو كان وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، فإن العقد لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره . ٢- ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاداً مناسباً لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد . ويجوز له أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » . وكانت المادة ٩٩١ من المشروع تنص على ما يأتى : « أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك »^(١) . وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة »^(٢) . ولما كان النصان المحذوفان لا يخرجان فى أحكامهما عن القواعد العامة ، فليس يوجد ما يمنع من العمل بهذه الأحكام بالرغم من هذا الحذف .

والوكيل لا تكون له صفة النيابة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة ، أو عمل دون وكالة أصلاً^(٣) ، أو عمل بعد انتهاء

(١) ويقابل هذين النصين النصان الآتيان فى التقنين المدنى القديم : م ٥٢٤ فقرة ٢/٦٤٤ : ولا يكون (الوكيل) مستولاً أيضاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته - م ٦٤٨/٥٢٧ : على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل ، وعليه أن يبين فى ميعاد لائق ما فى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل خارجاً عن حدود التوكيل - وانظر أيضاً المادتين ٩٤٤ - ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى والمادتين ٨٠٦ - ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٨٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٨ .

(٣) استئناف وطقى ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٢٠٠ - استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٦ - وسنرى عند الكلام فى نظرية الوكالة الظاهرة أن العمل دون وكالة يتضمن أيضاً أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة أو بوكالة أبطلت لنقص الأهلية أو لعيب فى الرضاء - وإذا كانت الوكالة مزورة لم يكن من نسب صدورها منه ، أى من يوصف بصفة الموكل =

الوكالة . ففي جميع هذه الفروض لا يكون الوكيل في تعاقد مع الغير نائباً عن الموكل ، ومن ثم لا ينصرف إلى هذا الأخير أثر هذا التعاقد .

على أن هناك حالة يجب استثنائها مما تقدم ، وهي حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة « متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف » (م ٢/٧٠٣ مدني) . وقد تقدم أن أثر التصرف في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل على أساس نيابة قانونية تقوم على إرادة مفترضة من جانبه^(١) .

وفيما عدا هذه الحالة يعمل الوكيل في الفروض المتقدمة دون نيابة ، فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل كما سبق القول . ويستوى في ذلك أن يكون الغير الذي تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك ، فحتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة لم تقع مجاوزة في حدودها ولم تنقض ، فإن هذا لا يغير من الحقيقة وهي أن الوكيل يعمل دون نيابة ، فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوكالة الظاهرة فيما سيجيء . هذا إلى أن الغير حسن النية كان يستطيع أن يعلم حقيقة مركز الوكيل لو أنه أراد التثبت من ذلك ، ومن حقه كما قدمنا أن يطالب الوكيل بما يثبت وكالته ومداها^(٢) .

= في هذه الوكالة المزورة ، مشئوا قبل الغير ، إلا إذا أثبت الغير خطأ في جانبه (استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢١ - ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ - وقد تقدم أنه إذا استطاع الوكيل أن يتعاقد بشروط أفضل ، لم يعتبر ذلك مجاوزة لحدود الوكالة (انظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر م ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود البناني آنفاً فقرة ٢٤٧ في الهامش و م ٨٠٦ من نفس التقنين آنفاً فقرة ٢٤٨ في الهامش) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « بقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل ، أو مجاوزاً حدود التوكيل (في غير ما نصت عليه المادة ٢/٩٧٨ : من المشروع وتقابل م ٢/٧٠٣ مدني) ، أو بعد أن انقضت الوكالة . فإذا تعاقد (أ) مع (ب) باسم (ج) ، دون توكيل أو مجاوزاً حدود التوكيل ، فإن (أ) لا يعتبر وكيلاً عن (ج) ، سواء علم ب ب بانعدام الوكالة أو لم يعلم ، إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (أ) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة ١٥٨ (من المشروع) ، لذلك لا ينفذ العقد في حق (ج) إلا إذا أقره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) - وقد قضت محكمة النقض بأنه سواء أكان المستأجر حسن النية أم كان سيئها ، فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مشئوا عن عقد عقد خرجاً عن تلك الحدود . وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى =

وإذا كان التصرف الذى عقده الوكيل دون نيابة لا ينصرف أثره إلى الموكل ، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو ألا يقره .
فإذا اختار أن يقره ، فليس للإقرار شكل خاص ، ويصح أن يكون صراحة أو ضمناً^(١) . ويستخلص الإقرار الضمنى من تنفيذ الموكل

= صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصفة ، فإذا قصر فعليه تقصيره . فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن يتفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلاً ، ثم أجزأ أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) . وانظر فى نفس المعنى استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٤٠٤ - ٣١ يولييه سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٢٥ - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٠ - ٥ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ - ٧ يولييه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤) . وإذا جاوز الوكيل حدود الوكالة لم ينصرف أثر التصرف إلى الموكل كما قدمنا ، لكن إذا ورث الوكيل الموكل لم يحز له أن يتمسك بعدم انصراف أثر التصرف إذ لا يصح أن يحتج بخطأه (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٤) .

والغير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل فى حدود نيابته (انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ فى آخرها - وقارن بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٧٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ هامش ١١) . ومجازاة حدود التوكيل مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(١) استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٦١ ص ٢٤٦ - وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الصادر من الموكل يعتبر إقراراً (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٨ ، نقض فرنسى ١٣ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٣٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٥٢ - ٢٣ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ١٥٢ - ٦ يناير سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ١٢٧ - ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ - ٢ - ٢ - ٨٢٩ - ٩ يولييه سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ - ١ - ٣١٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ٥٢ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٨٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٦) .

ويجب لإقرار ما يباشره الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة أن يكون المقرر علماً بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة ، وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١ ص ٤٠١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منها اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل نافذاً فى حق الموكل ، مادام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة ، إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) .

للاتزامات التي عقدها باسمه الوكيل^(١) ، أو من تعهده بتنفيذها ، أو من أى عمل آخر يستفاد منه الإقرار كما إذا قدم الموكل كفيلاً لضمان هذه الالتزامات تنفيذاً للشروط التي تعاقد عليها الوكيل ، أو عقد قرضاً يستعين به على تنفيذها^(٢) ، أو حول الحقوق المعقودة باسمه إلى دائن آخر^(٣) . وإذا أقر الموكل تصرف الوكيل ، لم يجز له الرجوع في هذا الإقرار^(٤) . ويكون

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٠ - نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٠٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٢٩ - ١ - ٨٢٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٢) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٣) وقد يستخلص الإقرار الضمني من مجرد سكوت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه (نقض فرنسي ٣ يونيو سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٥ - ١ - ٣٢٤ - ٤ يونيو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٤ - ١ - ٤٤١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨) . على أنه إذا دعا الغير الذي تعاقد معه الوكيل الموكل إلى إقرار التصرف وعين له مدة لذلك ، فسكت الموكل حتى انقضت المدة ، اعتبر سكوته رفضاً للتصرف كما سرى ، لأن الموكل قد دعى لإقرار التصرف ، فسكوته عن الإقرار أولى أن يفسر بالرفض منه بالقبول . وإذا بنى الشريك على الأرض الشائعة ، وسكت شريكه ، ثم طالب بملكيتها لحصة في هذا البناء ، فإن هذه المطالبة تفيد أنه أقر فعل شريكه ضمناً ، . يكون الشريك الباني في هذه الحانة معتبراً في حكم الوكيل (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٦٩٠) .

وإذا أقر رب العمل عمل الفضولي تحول الفضولي وكيلاً ، ولكن يقتصر تحوله إلى وكيل على الحدود التي حصر فيها الإقرار . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي تسلمه آخر من المدين يعد إقراراً منه لهذا الوفاء ، بحيث يصبح هذا النير في هذه الحالة وكيلاً بعد أن بدأ فضولياً - على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذي أقره الدائن ، فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقي المستحق للدائن ، لأن هذا الإقرار بالتخالف ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به ، بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقراً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالف عن الغير عملاً من أعمال الفضولي ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضول الذي يلزم به رب العمل ، وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة إلى رب العمل (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦١ ص ٤١٤) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

للإقرار أثر رجعي ، فيعتبر التصرف نافذاً في حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار ، إذ أن الإقرار اللاحق يكون في حكم التوكيل السابق^(١) . فلو وكل شخص في شراء منزل بمبلغ معين ، فاشتراه بمبلغ أكبر وسجل عقد البيع ، ثم باع صاحب المنزل المنزل مرة أخرى وسجل البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، وبعد تسجيل البيع الثاني أقر الموكل

(١) نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٩٣ - ٢٥ مارس سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ١٠٢ - ٤ مارس سنة ١٨٩١ دالتوز ٩١ - ١ - ٣١٣ - جيوار فقرة ١٩٨ - بودري وثال في الوكالة فقرة ٧٨٩ (يستحق الوكيل الذي جاوز حدود الوكالة وأقر الموكل تصرفه فوائد المصروفات التي أنفقها من يوم الاتفاق) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩) .

ويمكن القول إن الموكل بالإقرار الذي صدر منه قد أضى على الوكيل صفة النيابة عنه بأثر رجعي فيما جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة ، فتكون النيابة هنا نيابة اختيارية (volontaire) لا نيابة اتفاقية (conventionnelle) ، وهذا يقرب كثيراً مما يقول به الفقه الألماني والفقه الإيطالي فيما قدمنا من التمييز بين الوكالة والنيابة (انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ في الهامش) . غير أنه يلاحظ أن كل نيابة تقوم على أساس الوكالة ، في هذين الفقهين ، تكون نيابة اختيارية مصدرها إرادة الموكل المنفردة ، فلا توجد إذن نيابة اتفاقية ، إذ الاتفاق إنما هو عقد الوكالة ذاته الذي يتميز عن النيابة ويستقل عنها .

وقد سبق لنا تكييف آخر غير ما قدمناه هنا فيما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة ثم أقر الموكل تصرفه . فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٨ ص ١٩٨ هامش ٢) ما يأتي : « فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل » . وبين النيابة القانونية التي قلنا بها هناك والنيابة الاختيارية التي نقول بها هنا ، نرى الآن أن الأصح هو القول بالنيابة الاختيارية ، إذ أن هذه النيابة قد قامت على إقرار الموكل أي على إرادته ، وهي إرادة حقيقية . فلا حاجة لنا إذن إلى الالتجاء للنيابة القانونية . وإنما نلتجئ للنيابة القانونية إذا أقمنا النيابة على إرادة مفترضة لا على إرادة حقيقية ، كما هو الأمر في حالة ما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وكانت الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩) .

وواضح أننا في النيابة الاختيارية التي نقول بها هنا نقيم النيابة على إرادة الموكل ، أي على إقراره لما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . أما في النيابة القانونية التي قلنا بها هناك ، فنقيم النيابة على إرادة الوكيل أولاً ثم على إرادة الموكل ثم على القانون ، ونحن في غنى عن كل ذلك إذا قلنا بالنيابة الاختيارية وأقمناها على إرادة الموكل وحدها .

عقد الشراء الذى عقده الوكيل ، كان لهذا الإقرار أثر رجعى من يوم صدور البيع الأول لا من يوم صدور الإقرار ، ومن ثم يتقدم البيع الأول على البيع الثانى (١) .

وإذا اختار الموكل ألا يقر التصرف ، لم ينصرف أثره إليه (٢) ، وليس للغير أن يرجع عليه إلا بمقدار ما استفاد فى حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب (٣) . وللغير أن يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم انصراف أثر التصرف إلى الموكل ، وتقول المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى فيما رأينا فى هذا الصدد : « أما إذا رفض (الموكل) الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » (٤) ، وقد تقدم بيان هذه الأحكام (٥) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٥٩ - محمد على عرفة ص ٤١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ ص ٣٠٦ (ويشير فى الهامش إلى إجازة العقد القابل للإبطال ، والإجازة غير الإقرار) - وقارن بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٩٠ - ويجب التمسك بإقرار الموكل للتصرف أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٠ ص ٧٤٧) .

ويجب التمييز بين الإقرار (ratification) وله أثر رجعى كما قدمنا ، وبين موافقة الوكيل الآخر (approbation) على تصرف الوكيل الأول فيما إذا كان التصرف يجب أن يباشره الوكيلان معاً ، فهذه الموافقة لا يكون لها أثر رجعى ، ويعتبر التصرف قائماً من تاريخ موافقة الوكيل الآخر لا من تاريخ مباشرة الوكيل الأول له (نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٩ - ١ - ٤٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٣ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ - ويرجع بموجب الفضالة إذا توافرت شروطها ، وأهم هذه الشروط هو أن يكون التصرف متعلقاً بشأن عاجل للموكل ، وإلا فإنه يرجع بموجب الإثراء بلا سبب (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ و ص ٢٣١ هامش ٦) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة « أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » ، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٧) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣ .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى ، فيما رأينا ، طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه ، فأجازت للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يحدد ميعاداً مناسباً للموكل لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل الغير منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد^(١) . وهذه الطريقة يمكن اتباعها دون حاجة للنص عليها ، لأنها تتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه إذا دعى الموكل لإقرار الاتفاق فى ميعاد مناسب ، وانقضى هذا الميعاد دون أن يقره ، كان هذا معناه أنه يرفض الاتفاق ، فلا ينصرف أثره إليه ، فيتحلل منه الغير^(٢) . على أن الغير يجوز له ابتداء التحلل من الاتفاق قبل أن يقره الموكل ، فإدام هذا الإقرار لم يصدر فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الموكل ، ومن ثم يكون الاتفاق بمثابة إيجاب من الغير ، معروض على الموكل ، فللغير الرجوع فى هذا الإيجاب قبل أن يصدر القبول^(٣) . ولكن إذا كان الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل وقت تعاقدته معه ومع ذلك أقدم على التعاقد ، فإن هذا يفسر على أنه أراد أن يتقيد بإيجابه إلى أن يتخذ الموكل قراراً برفض الاتفاق^(٤) ، فعند ذلك يتحلل منه الغير^(٥) . ولا يبقى أمامه فى هذه الحالة إلا أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً إذا لم يقر

(١) ولا يسرى الميعاد إلا من وقت علم الموكل بالتصرف الصادر من الوكيل خارج حدود الوكالة (استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢) .
(٢) ومع ذلك انظر فى أن سكوت الموكل مدة معقولة عن اتخاذ موقف بالنسبة إلى تصرف جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة يعتبر إقراراً ضمناً لهذا التصرف : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٢ ص ٣٦٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٨ .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٣٤ - جيوار فقرة ١١٩٥ - بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٩٩ - محمد على عرفة ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - وقارن أكرم أمين الخولى فقرة ١٩٣ ص ٢٤٢ (ويبنى حق الغير فى الرجوع عن التعاقد على وقوعه فى غلط جوهري) .
(٤) محمد على عرفة فقرة ٤١٤ .

(٥) وهذا ما تقوله العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى فيما رأينا ، فهى تنص على أنه يجوز للغير « أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة « أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » ، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٧ - وانظر أننا نفس الفقرة فى الهامش) .

هذا الأخير في أثنا اتفاق اعتبر عدم الإقرار رفضاً كما سبق القول ،
فيتحلل الغير من الاتفاق على هذا الوجه (١) .

وقد حدد تقنين المرافعات نطاق التوكيل بالخصومة (٢) ، فإذا خرج
الوكيل عن هذا النطاق جاز للموكل التنصل من عمله ، وقد رسمت إجراءات
خاصة لهذا التنصل (٣) .

(١) ولا يعتبر الوكيل في البيع عن المالك ، إذا جاوز حدود الوكالة ، في مقام غير المالك
الذي يصدر منه التصرف فيكون سبباً صحيحاً يستند إليه التقادم القصير ، بل يجب إعمال أحكام
مجازرة الوكيل لحدود الوكالة فلا يسرى تصرف الوكيل أصلاً إذا لم يقره المالك . وقد قضت محكمة
النقض في هذا المعنى بأن السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء
أوصاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كان الثابت أن عقد البيع إنما صدر من وكيل عن
المالك ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح ، وإنما يتعين في هذا المجال إعمال
ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على
الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها
وأبرم عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق وإلتزامات لا يضاف إلى الأصيل إلا إذا
أجاز التصرف (نقض مدني ١٢ ماي سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) ،
(٢) انظر المادتين ٨١٠ - ٨١١ مرافعات آنفاً فقرة ٢٤٠ في آخرها في الهامش .
(٣) فنصت المادة ٨١٢ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل متعلق بخصومة

قائمة ، وجب أن يحصل بتقرير في قلم كتاب المحكمة القائمة أمامها الخصومة ، وأن يبين فيه موضوع
التنصل وأسانيده وطلبات المتنصل ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨٧ . ويعلق المتنصل
صورة من هذا التقرير إلى الوكيل وإلى باقي الخصوم في ظرف عشرة أيام من تاريخ التقرير ، مع
تكليفهم الحضور أمام المحكمة المذكورة ، وإلا جاز الحكم بسقوط دعوى المتنصل » . والمادة ٨٧
المشار إليها تنص على أن « كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل
نفسه ، إلا إذا نفاه أو تنصل منه أثناء نظر القضية في الجلسة » . ونصت المادة ٨١٣ مرافعات
على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومه قائمة إذا رفعت بعد مضي ستة أشهر من تاريخ
ذلك العمل » . ونصت المادة ٨١٤ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل غير متعلق بخصومة
قائمة ، رفعت دعوى التنصل بالطرق المعتادة إلى المحكمة التي بدأرتها موطن المدعى عليه » . ونصت
المادة ٨١٥ مرافعات على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل بني عليه حكم أصبح غير قابل
للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف إلا إذا رفعت في ظرف ثلاثين يوماً من ذلك » . ونصت المادة
٨١٦ مرافعات على أن « يحكم في دعاوى التنصل على وجه السرعة » . ونصت المادة ٨١٧ مرافعات
على أن « يترتب على الحكم بقبول التنصل إلغاء التصرف المتنصل منه ، وإلغاء جميع الإجراءات
والأحكام المؤسسة عليه ، ويلزم الوكيل المدعى عليه بالتضمينات قبل المتنصل وقبل غيره من
الخصوم عند الاقتضاء . وإذا حكم برفض التنصل أو بعدم قبوله ، ألزم المتنصل بغرامة لا تقل
عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهاً وبالتضمينات » .

٣٠٦ - الوكالة الظاهرة - شروط قيامها : قدمنا أن الوكيل إذا:

عمل دون نيابة ، فإن أثر التصرف الذى يعقده مع الغير لا ينصرف إلى الموكل ، حتى لو كان هذا الغير حسن النية يعتقد أن الوكيل يعمل فى حدود نيابته . فلا يكتفى إذن أن يكون الغير حسن النية حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذى عقده مع الوكيل . ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجى منسوب إلى الموكل ، ويكون من شأن هذا المظهر أن يدفع الغير إلى الوهم الذى وقع فيه . فعند ذلك يكون الغير هو الأولى بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ ، أما الموكل فقد خلق مظهراً خارجياً أوقع الغير فى الوهم ، فيضنى القانون حمايته على الغير دون الموكل . وسبيله إلى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذى عقده الغير مع الوكيل ينصرف إلى الموكل ، لا بموجب وكالة حقيقية فهى غير موجودة فى الواقع ، بل بموجب وكالة ظاهرة (mandat apparent) .

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء^(١) - وتابعه فيها.

(١) القضاء المصرى : استئناف مخطط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٣ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٣٩ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٧ - ١٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٨٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٦ - ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٧٢ - استئناف وطنى ١٣ مايو سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص ١٠٢ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٤٩ - استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر - طنطا ١٣ مايو سنة ١٩١٣ الحقوق ٣٤ ص ١٤٥ - بنى سويف ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ - الإسكندرية استئناف ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٥٠ ص ١٥٥ - الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥ .

القضاء الفرنسى : نقض فرنسى ١٤ يونيو سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ - ١ - ٣٦٨ - ١١ أبريل سنة ١٨٧٦ داللو ٧٩ - ١ - ١٦٤ - ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللو ٨٤ - ١ - ٨٠ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ - ١ - ٤٦٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٦ - ١ - ٦٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه =

الفقه^(١) — ليواجه بها الضرورات العملية ، وليوطد استقرار التعامل ، ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني . ولها مع ذلك سند تشريعي في بعض تطبيقاتها الهامة كما سيجيء^(٢) .

ونبين الآن شروط قيام الوكالة الظاهرة ، والأثر الذي يترتب عليها ، والأساس القانوني الذي تقوم عليه .

ويجب توافر شروط ثلاثة لقيام الوكالة الظاهرة :

(الشرط الأول) أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة :
ويكون ذلك إما بأن يجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة له ، وإما بأن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإما بأن يعمل كوكيل دون وكالة أصلا ، أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها .

ويجاوز الوكيل حدود الوكالة ، أكثر ما يكون ، إذا زود بوكالة غامضة العبارة ، أو بوكالة واسعة المدى في ظاهرها ولكنها مقيدة في حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذي يتعامل مع الوكيل ، أو كانت هناك — كما يقول تقنين الموجبات والعقود اللبثاني (م ٨٠٥ / ٢) — هذه « الشروط التحفظية

= ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيب دى پاليه ١٩٢٧ - ١ - ٣١١ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ - ٦٨ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ - ١ - ١٨١ - ٤ مايو سنة ١٩٣٦ الأسبوع القضاءى ١٩٣٦ - ٧٧٧ - ١١ مايو سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ - ١ - ٢٢٣ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٣٣٠ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ J.C.P. ١٩٤٢ - ٢ - ١٨١٤ - بارس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٢٧٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ - ١ - ٤٧٣ - بورديو ١١ يناير سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ - ٢ - ٧٨ - مونپلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٩ - ٢ - ٧٦ .

(١) جيوار فقرة ١٨٦ وما بعدها - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ وما بعدها وفقره ٨٦٨ وما بعدها - بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ - دى پاچ ٥ فقرة ٤٤٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٦ - چيرو فى المظهر كصدر للمسئولية رسالة من بارس سنة ١٩٣٧ - ليوتييه (Léauté) فى الوكالة الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٧ ص ٢٨٨ .

عبد الباسط جيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٥٣ - ص ٢٢٤ - جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٣٩ ص ١٥٣ - دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ - فقرة ٢١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٠٨ فى الهامش .

والاتفاقات السرية التي تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها^(١). فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعاً في تفسير العبارة الغامضة ، أو غير ملتزم للقيود التي تحدد مدى الوكالة^(٢) ، أو غير مراعى للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي عقدها مع الموكل^(٣). ونفرض ، في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، أننا لسنا أمام الحالة الاستثنائية التي يستحيل فيها على الوكيل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش .

(٢) من ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف من سلطات مدير الشركة ، فيخرج المدير على هذه القيود في تعامله مع الغير ، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل في حدود نظام الشركة . ومن ذلك أيضاً أن يكون التوكيل مطلق العبارة في ظاهره ولكنه في حقيقته مقيد بتصرف معين ، وقد قضى في هذا المعنى بأنه متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة إليه ، نفذ تصرفه في حق الموكل ، وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل ، وذلك لأن عبارات التوكيل إذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فن حق الغير أن يطمئن إلى ذلك التوكيل وأن يتعامل على أساسه (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاقات الشفوية الحاصلة بين الموكل والوكيل في شأن تأجير عقار والمقيدة لسلطة هذا الأخير ، لا يحتج بها على المستأجر الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح للوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر ومقدار الأجرة ومدة الإيجار (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) .

وتتيسر للوكيل أيضاً مجاوزة حدود الوكالة إذا كانت الظروف - كما يقول الأستاذ عبد الباسط جيمى - « بحيث تقتضى على الغير الذى يتعامل مع الوكيل بأن يتلطف ، فلا يذهب في تحرى نطاق الوكالة إلى أكثر من الاطلاع السريع - أو الخاطف - على سندها . بل وقد تقتضى منه تلك الظروف أحياناً ألا يتطلب من الوكيل إبراز سند وكالته مطلقاً ، وأن يقتصر في إثبات الوكالة أو في بيان نطاقها أو في الاثنين معاً على نظام الوكالة وعلى الشهرة العامة وعلى ما يجرى به مألوف العادات في مثل تلك الحالة . وأبرز صورة لذلك صورة الوكالة الدائمة أو المستمرة . . كما في حالة الممثلين التجاريين والوكلاء بالعمولة والطوافين والجوامين ، وكما في حالة مديري الشركات ومديري الدوائر ومن إليهم ، فإن الحكمة في معاملة هؤلاء تقتضى عدم مطالبتهم أصلاً بإبراز سند نيابتهم ، بل إن الامتناع عن تلك المطالبة قد يكون من مستلزمات التجارة ، وهو ما استقر بالفعل عرفاً في المعاملات مع أمثال هؤلاء الوكلاء » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٨ - ص ١٩٩) .

ويلحق بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة سوء استخدام الوكيل للوكالة ، أى استغلالها تحقيقاً لأغراض شخصية . ففي الحالتين يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة ، ولكن أثر تصرفه ينصرف مع ذلك إلى الموكل إذا توافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٩ - عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٨١ - ١٨٥) .

إخطار الموكل سلفاً وتكون الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة (م ٢/٧٠٣ مدني) ، فإن هذه الحالة كما سبق القول لا تدخل في حالات الوكالة الظاهرة^(١) . ولسنا أمام الحالة التي يقر فيها الموكل مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فإن هذا الإقرار اللاحق يكون كما قدمنا في حكم التوكيل السابق^(٢) . ولسنا أخيراً أمام الحالة التي يكون فيها الوكيل المجاوز لحدود الوكالة فضولياً ، فإن أثر تصرفه في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل بموجب قواعد الفضالة لا بموجب قواعد الوكالة الظاهرة^(٣) . وإنما الحالة التي نحن بصدددها هي حالة تجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ولم يكن في ظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه المجاوزة ، ولم يقر الموكل المجاوزة ، ولا يمكن أن تدخل المجاوزة في أعمال الفضولي ، ومن ثم نكون أمام حالة وكالة ظاهرة إذا توافرت بقية الشروط^(٤) .

ويعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، إذا استمر يعمل وكيلاً باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التي وكل فيها ، أو بعد أن مات الموكل أو فقد أهليته أو أفلس فأنتهت الوكالة بذلك ، أو بعد أن عزله الوكيل أو تنحى هو عن الوكالة ، أو بعد أن انتهت الوكالة بأي سبب آخر من أسباب انتهاءها^(٥) . وهذه الحالة هي أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعاً ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته^(٦) وبعد عزله أو بعد موت الموكل ، فإنه من السهل في هذه الفروض.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ .

(٤) عبد الباسط جيمعي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٠ - ص ١٩٢ .

(٥) بلانپول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠١ ص ٩٥٢ .

(٦) ومن التطبيقات الشائعة أن يفترض الوكيل بالافتراض مبلغاً من شخص ، فتنتهي وكالته بذلك ، ثم يعود إلى افتراض مبلغ آخر بنفس التوكيل من شخص آخر ، ويكون المقرض الثاني حسن النية لا يعلم بالمقرض الأول . ففي هذا الفرض يكون الموكل ملتزماً بالمقرض الأول بناء على وكالة حقيقية ، وبالمقرض الثاني بناء على وكالة ظاهرة (باريس ٣ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٢٦٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ هامش ٢ - وانظر بوتيه فقرة ٨٩) .

أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لاتزال باقية ، فقد يبقئ سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، كما يقع كثيراً أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل . ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدنى ، كما ورد فى المشروع التمهيدى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٩٥ من هذا المشروع وقد حذف فى لجنة المراجعة . وسنعود فيما يلى إلى هذين النصين .

ويعمل الوكيل دون وكالة أصلاً ، إذا تقدم شخص مثلاً بمخالصة من الدائن لقبض الدين ، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة ، فيقبض المدين دون أن تكون عنده وكالة أصلاً ، ومع ذلك يعتبر قبضه صحيحاً مبرئاً لذمة المدين كما تقضى المادة ٣٣٢ مدنى إذ تقول : « ويعتبر ذا صفة فى استيفاء المدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن »^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتقدم شخص ببوليصة شحن موقعة من المرسل فيتسلم البضاعة ، ويكون قد استولى على بوليصة الشحن بطريق غير مشروع ، أو يتقدم شخص باعتباره محصل شركة التأمين للعميل بإيصال مطبوع موقع عليه من الشركة فيقبض الأقساط المستحقة ، ويكون قد اختلس هذا الإيصال المطبوع . وقد يسىء من أعطى توكيلاً على بياض استعمال التوكيل فيملاً البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل ، فيكون وكيلاً ظاهراً فى هذا الأمر دون أن تكون عنده وكالة أصلاً^(٢) . وإذا استأجر شخص متجراً لاستغلاله فى مقابل أجرة معينة يتقاضاها منه صاحب المتجر ، وبقى المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه ، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صاحب المتجر ، إذ يعتبر المستأجر وكيلاً ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلاً^(٣) .

وفى حكم انعدام الوكالة أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل لإدارته للمقامرة أو للعبارة ، وكان الوكيل

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٠٨ -

يعلم ذلك ، فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعيتها السبب . ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة ، وكان البائع لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع ، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع . وكالوكالة الباطلة الوكالة القابلة للإبطال . فإذا أعطى القاصر توكيلاً لشخص ، أو كان الموكل في إعطائه التوكيل واقعاً في غلط جوهري أو كان مدلساً عليه أو مكرهاً ، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة ، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال ، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل ، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة^(١) .

وعبء إثبات هذا الشرط الأول ، وهو أن الوكيل يعمل باسم الموكل دون نيابة ، يقع على الموكل . إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه في التصرف الذي يبرمه ، فإذا أراد الموكل أن يتنصل من هذا التصرف ، فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل^(٢) .

(الشرط الثاني) أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب : ويجب بداهة أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية ، إذ لو كان يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه ، كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك ، وليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل . وقد يكون إقدامه على التعاقد آتياً من أنه حصل على تعهد من الوكيل يجعل الموكل يقر التصرف ، وفي هذا الفرض أيضاً لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره ، وإنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض . ولما كان المفروض أن الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه ، وله في سبيل ذلك الاطلاع على سند وكالته^(٣) ، فافتراض أنه علم بانعدام نيابة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ (ويجب أن يكون الموكل أهلاً وقت إبرام التصرف) و فقرة ٢٢٨ و فقرة ٢٣١ .

(٢) انظر في حالات الإنابة الظاهرة في تقنين الالتزامات السويسري ، وفي القانون الإنجليزي حيث يطلق على النيابة المبنية على الوكالة الظاهرة عبارة "agency by estoppel" ، وفي مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي : جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٤٣ - ص ١٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

للوكيل قبل التعاقد معه افتراض معقول ، ويترتب عليه أن الغير لا الموكل هو الذى يحمل عبء الإثبات . ويجب عليه أن يثبت حسن نيته ، وأنه عندما تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته ، وذلك بالرغم من أنه كان يستطيع التثبت من ذلك قبل التعاقد^(١) . ويغلب أن يستعين الغير فى إثبات حسن نيته بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل ، وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب ، وسرى أن هذا هو الشرط الثالث فى قيام الوكالة الظاهرة . وأنه شرط يقع على الغير عبء إثباته . فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى ، أثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر ، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل . أثبت من أن هذا المظهر بطابق الواقع ، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته .

وإذا كان واجباً أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، فليس واجباً أن يكون الوكيل نفسه حسن النية . فقد يكون سبب النية ، يعام أنه يجاوز حدود وكالة أو أن وكالة قد انقضت أو ليست موجودة أصلاً أو هى باطلة أو قابلة للإبطال ، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير إلى الموكل ، مادام هذا الغير حسن النية وتوافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة^(٢) . وقد كان المشروع التهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً يؤكد هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه : ١ - تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعام بانتهاءها . ٢ - ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسنى النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهاءها^(٣) . وهذا

(١) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٩ - وقارن عبد الباسط بخيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٠ وص ٢٢٣ .

(٢) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٨ .

(٣) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ فى الهامش) ، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً إلى الاكتفاء بالقواعد العامة .

وكان للنص المحذوف مقابل فى التقنين المدنى القديم ، إذ كانت المادة ٥٣٠ / ٦٥١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « موت الموكل أو عزل الوكيل لا يجوز الاحتجاج به على الغير إذا لم يكن عالماً به » . وهذا النص صريح فى تطبيق نظرية الوكالة الظاهرة . =

النص يعرض لفرضين مستقلين أحدهما عن الآخر ، وإن كان كلاهما يتعلق بانتهاء الوكالة . ففي الفقرة الأولى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل ، يعرض لما إذا كان الوكيل لا يعلم بانتهاء وكالته ، كأن عزل ولا يعلم بالعزل أو مات الموكل ولا يعلم بموته ، فإن وكالته تبقى قائمة ، بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف أثر التعاقد إلى الموكل لم يجز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض . أما إذا تعاقد وهو حسن النية مع شخص يعلم بانتهاء الوكالة ، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل لسوء نية الغير فقد كان يعلم بانتهاء الوكالة ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع الموكل على الوكيل بالتعويض ، لا فحسب لأن هذا الأخير حسن النية ، بل أيضاً لأن التصرف الذي عقده لم ينصرف أثره إلى الموكل . وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٩٩٥ من المشروع التمهيدى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالغير ، لما إذا كان الغير الذي تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة . ففي هذا الفرض ينصرف أثر التصرف للموكل ، سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئ النية ، لأن النص عام لم يفرق ، ويعتبر هذا تطبيقاً بارزاً من تطبيقات الوكالة الظاهرة . ومن هنا نرى أن أن حسن نية الوكيل لا يشترط ، كما اشترط حسن نية الغير الذي يتعامل مع الوكيل ، لقيام الوكالة الظاهرة^(١).

= وتنص المادة ٩٤٨ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهاءها » .

وتنص المادة ٨١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً في حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله . على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله » .

(١) ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٩٩٥ المشار إليها ، إذ جاء ما يأتي : « على أنه مهما كان السبب في انتهاء الوكالة ، فإدام الوكيل لا يعلم بانتهاءها فهي قائمة حتى يعلم ، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطر به ذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته . . . كذلك لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة ولكن الغير لم يعلم ، فإن الغير يستطيع أن يتمسك بالوكالة كما لو كانت لم تنقض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) . كذلك جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة ٧١٣ مدني نفس هذا المعنى فيما يأتي : « وتتغير المسألة لو أن (أ) تعاقد مع (ب) باسم (ج) ، وكان معه توكيل عته لم يجاوز حدوده ، ولكن التعاقد كان بعد انقضاء التوكيل ، ولم يكن (ب) يعلم بانقضائه . ذلك لأن (ب) في هذه الحالة لم يكن يستطيع العلم بانعدام الوكالة كما كان يستطيع في الحالة الأولى . فهو معذور إذا تعاقد مع (أ) باعتباره وكيلاً ، ويرتبط (ج) بهذا العقد كما لو كانت الوكالة لم تنقض ، ويرجع (ج) على (أ) بالتعويض إذا كان يعلم بانقضاء الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٨) .

وتحيل المادة ٧١٣ مدني المتقدم ذكرها^(١) في هذا الصدد إلى المادة ١٠٧ مدني . وتنص هذه المادة الأخيرة على أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه » . ويوهم هذا النص أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، وإضافة أثر العقد الذي يبرمه الوكيل بعد انتهاء الوكالة إلى الموكل ، أن يكون كل من الوكيل والغير الذي تعاقد معه حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة ، أي أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، لافحسب حسن نية الغير الذي تعاقد مع الوكيل ، بل أيضاً حسن نية الوكيل . والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة ، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته ، فيقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصل ، ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغير الذي تعاقد معه حسن النية ، إذ لو كان الغير سيء النية لما شفع في سوء نيته حسن نية النائب . ويظهر هذا المعنى في وضح إذا رجعنا للمشروع التمهيدي لنص المادة ١٠٧ مدني ، فهو يقول : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لاتزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب بجهل أيضاً أن النيابة قد انقضت » . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص ، فأصبح على الوجه الذي نراه في المادة ١٠٧ مدني ، وصار بذلك غامضاً يوقع في الوهم الذي أشرنا إليه ، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص « حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم »^(٢) . فالنص ، على الوجه الذي عدل به في مجلس الشيوخ ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذي تعاقد معه ، فيكون فيه تزييد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذي تعاقد الوكيل معه^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٤ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٧ وهامش ١ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الباسط جيمعي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٧١ - ١٧٨ (ويورد حججاً مفصلة للقول بأن المادة ١٠٧ مدني إنما تنصرف إلى علاقة الوكيل بالموكل ولا تعرض لحالة الوكالة الظاهرة) . وقارن جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية =

(الشرط الثالث) أن يقوم مظهر خارجي للوكالة منسوب إلى الموكل : ولا يكفي حسن نية الغير الذي يتعامل مع الوكيل كما قدمنا ، بل يجب أن يقوم حسن النية هذا على أساس مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل ويكون من شأنه أن يجعل الغير معذورا في اعتقاده أن هنالك وكالة قائمة . وهذا الشرط الثالث هو الذي يميز الوكالة الظاهرة ، ويحدد الأساس القانوني الذي تقوم عليه . ففي حالة مجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، يشفع للغير في حسن نيته أن تكون الوكالة فعلا غامضة العبارة تحتمل التفسير الذي ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة ، أو أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الغير (١) ، أو أن يكون مدير الشركة الذي جاوز حدود اختصاصه إنما باشر في الواقع عملا يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات . فلم يجد الغير الذي تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحري والتثبت (٢) .

= ص ١٤٦ - ص ١٤٧ . وانظر عكس ذلك وأنه يشترط إلى جانب حسن نية الغير حسن نية الوكيل محمد علي عرفة ص ٤١٩ .

وتنص المادة ٨١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « إن الأعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد الأسباب التي أدت إلى انتهاء الوكالة تعد صحيحة ، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذي تعاقد معه جاهلا أيضاً هذا السبب » .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأن مندوب شركة التأمين يلزم الشركة بتصرفاته المتعلقة بالأعمال التي فوض فيها ، ولا يجوز الاحتجاج على الغير بأي تغيير في وكالة عن الشركة لم يصل إلى علم هذا الغير (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٧) وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٧٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٥ - قفص فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ - ١ - ٣٦٨ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - الجزائر ٧ يونيو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١ - ١٢ مارس سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٤٥ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التصرف الذي يجريه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة لا يلزم الموكل ، ويستثنى من ذلك أن يكون الموكل قد أعطى للوكيل سلطات ظاهرة من شأنها أن تضلل الغير حسن النية . فإذا أصدرت شركة أجنبية منشورا تعلن فيه أنها اعتمدت وكيلاً عنها مدير فرعها في الإسكندرية ، ونقلت في المنشور نموذجاً من توقيعه ، دون أن تشير إلى القيود التي حددت بها سلطات هذا الوكيل الدائم ، كان للغير الذي يتعامل مع هذا الوكيل الحق =

وفي حالة انتهاء الوكالة يكون سبب انتهائها أمراً يخفى على الناس فخفى على الغير الذى تعامل مع الوكيل ، ولم يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية ، لإعلان انتهاء الوكالة . مثل ذلك أن تنهى الوكالة بعزل الوكيل ولا يعلن الموكل عن عزله إعلاناً كافياً ليحذر الناس من التعامل معه ، أو أن تنهى الوكالة بموت الموكل ولا تنشر الورثة خبر موته ، أو أن تنهى الوكالة بانتهاء المهمة التى فوض فيها الوكيل ولا يسترد منه الموكل سند التوكيل^(١) . وفي حالة انعدام الوكالة أصلاً يجب أن يكون هناك مظهر خارجي لها ، كالتوكيل الذى يعطيه الموكل على بياض للوكيل فيملاً هذا الأخير البياض بما يخالف المتفق عليه مع الموكل ، والمخالصة الصادرة من الدائن فتقع في يد من يتقدم لقبض الدين بموجبها ، ومثل المخالصة بوليصة الشحن أو الإيصال المطبوع الذى يتقدم به الوكيل المظاهر

= في الاعتماد على أن يكون للوكيل السلطات المألوفة لممثل الشركات ، وليس عليه أن يتحرى بأكثر من ذلك عن مدى هذه السلطات (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٥) . وفي قضية جاوز فيها الوكيل العام لشركة أجنبية سلطاته قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هي سلطات واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير من يعتقدون بحسن نية بدخول هذه الأعمال نطاق وكالته ، فإن من حقهم أن يعولوا على هذه المظاهر دون أن يكلفوا بالتحقق أولاً من مدى سلطاته التوكيلية ، وعلى وجه خاص يحق لهؤلاء الغير أن يدفعوا بنفاذ مثل هذا التصرف في حق الموكل (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ ص ١٠٥ مع تعليق الأستاذ جمال مرسي بدر) .

وانظر نقض فرقى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ - ٦٨ - بواتيه ٩ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٠٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٠ ص ٤١٥ - پلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٦ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد احتفاظ النائب بسند نيابته بعد انقضاء ما يأتى : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضاءها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد لوحظ في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) .

ويلاحظ أن استرداد سند التوكيل قد لا يكون مجدياً في بعض الحالات ، فلا يمنع من قيام الوكالة الظاهرة . مثل ذلك أن يكون الغير قد اطلع على سند التوكيل وأخذ في معاملة مستمرة مع الوكيل على أساسه ، أو أن تكون الظروف بحيث لا تقضى على الغير بمطالبة الوكيل بإبراز سند التوكيل كلما تعاقد معه كما في حالة مدير بنك أو شركة (عبد الباسط جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة

لتسليم البضاعة^(١). أو لتحصيل الفواتير والأقساط المستحقة . وفي حالة الوكالة الباطلة أو القابلة للإبطال ، يكون سند التوكيل مظهراً خارجياً لها ، إذ لا يستطيع الغير الذي يتعامل مع الوكيل أن يتبين من الاطلاع على هذا السند أسباب البطلان أو القابلية للإبطال^(٢) .

ويتبين مما تقدم أن المظهر الخارجي الذي ضلل الغير هو مظهر منسوب إلى الموكل ، بتقصير منه أو دون تقصير مادام هو الذي تسبب فيه . ويقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل عبء إثبات وجود هذا المظهر المضلل^(٣) ، وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة . فيجب إذن أن يكون هذا هذا المظهر متناسباً مع قيمة التصرف الذي عقده الغير مع الوكيل . فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة ، كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوط ، واتخاذ ما يتخذه الشخص المعتاد في هذه الظروف من الوسائل للتثبت من قيام الوكالة . فإذا كان الغير لم يفعل كان مقصراً ، وكان المظهر الذي اعتمد عليه غير كاف لقيام الوكالة الظاهرة^(٤) . أما إذا كان المظهر الخارجي كافياً لتضليل الغير ،

(١) نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٢٣٩ (تقدم إلى شركة السكك الحديدية ابن المرسل إليه ومعه كتاب من والده زور فيه توقيعه يوكله في تسليم البضاعة : انظر تعليق ديموج على هذا الحكم منتقدا إياه في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٦٥٧ ، وانظر في انتقاد الحكم أيضاً جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .
(٢) وتنص المادة ٤ من المشروع الموحد للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما ، في خصوص النيابة الظاهرة ، على ما يأتي : « تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر ، متى وجد الأول يرضاء الثاني في وضع من شأنه ، بمقتضى القانون أو العادات ، أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر » . انظر جمال مرسي بدر في دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ ، حيث أورد النص على النحو المتقدم وانتقده لأنه « أغفل الإشارة إلى العنصر الشخصي لقاعدة الإنابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسي لا بد من وجوده ، لتوفر النيابة الظاهرة » - وانظر في التمييز بين الإنابة الظاهرة والإنابة الضمنية المرجع السابق فقرة ٢١ ونظرية النيابة في التصرفات القانونية لنفس المؤلف ص ١٤٢ هامش ١ - ليوتي (Léauté) في الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٧ ص ٢٩٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥١ ص ٥٩٢ .

(٤) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ - عبد الساطع جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٤ - ص ١٦٥ : ويستعين بفكرة الغلط الشائع فيقول في هذا الصدد : « والحق أن الأمر لا يرتد إلى المسؤولية ولا يرجع إلى الإثبات ، بل يتعلق بفكرة =

بأن أثبت هذا أنه بالرغم من اتخاذه الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يخدعه^(١) ، فإنه يكون بذلك قد أثبت في الوقت ذاته حسن نيته كما سبق القول .

٣٠٧ — الأثر الذي يترتب على قيام الوكالة الظاهرة : فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر وقامت الوكالة الظاهرة ، فإنه يترتب على قيامها ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير . ويعتبر الوكيل الظاهر في تعامله مع الغير باسم الموكل نائباً عنه ، وينصرف أثر التصرف الذي عقده مع الغير من حقوق والتزامات إلى الموكل ، كما لو كانت هناك وكالة حقيقية^(٢) . وهنا نرى مثلاً آخر من الأمثلة التي تقوم فيها النيابة دون أن تقوم الوكالة^(٣) .

على أنه في العلاقة فيما بين الموكل والوكيل الظاهر ، يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الوكيل حسن النية أو سيئها . فإذا كان حسن النية ، وكان يعتقد مثلاً أنه يعمل في حدود الوكالة وقد جاوز هذه الحدود ، أوبوكالة صحيحة ، وكانت الوكالة باطلة ، لم يرجع الموكل على الوكيل بالتعويض من جراء ذلك^(٤) .

= الغلط الشائع . وهي من ناحية إيجابية ، فينبغي على الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر في حالتي إثباتها . وهي من ناحية أخرى تنطوي على فكرة انتفاء الخطأ أو الإهمال من جانب الغير ، وقد يكون فيها أيضاً عنصر الخطأ من جانب الأصيل إذا كان مظهر الوكالة قد نشأ بتقصيره أو إهماله . ففكرة الغلط الشائع إذن جامعة لهذه المعاني جميعاً ، ومستقلة عن فكرة حسن النية أي مجرد الجهل بحقيقة الواقع ، أو سوء النية أي العلم الفعلي بالحقيقة . وبذلك نبرر رفع الحماية عن الغير إذا ما وجد شك في الأمر : لأن الشك وإن كان لا يبنى حسن النية ، إلا أنه يوجب عند الرجل الحريص الحازم الاستزادة من الاستقصاء للتحري عن حقيقة الواقع . فإن تعد الغير (المتعامل مع الوكيل الظاهر) عن الماضي في البحث واكتفى بجهد أدنى من ذلك ، كان مقصراً ، وانتفى بتقصيره الغلط الشائع ، لأنه في هذه الحالة يكون قد هبط عن معياره وهو جهد الرجل الحريص الحازم . وانظر أيضاً نفس المرجع ص ١٩٧ وص ٢٠٧ .

(١) ويقاس ذلك بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي ، فيكون المظهر من شأنه أن يخدع للشخص المعتاد ، لا أن يخدع الغير بالذات الذي تعاقد مع الوكيل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٣) وغنى عن البيان أن انصراف أثر التصرف إلى الموكل هو حق للغير حسن النية لا واجب عليه ، وهو مقرر لصالحه ، فإن شاء نزل عنه فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (بودري وثال في الوكالة فقرة ٨٧١ مكررة) .

(٤) أما إذا قام سبب من أسباب انتهاء الوكالة دون أن يعلم به الوكيل ، فإن الوكالة تبقى قائمة ، وتكون وكالة حقيقية لا وكالة ظاهرة (انظر ما يلي فقرة ٣٢٤ ثانياً) .

أما إذا كان الوكيل الظاهر سيئ النية ، وكان يعلم أن الوكالة غير قائمة ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ في حق الموكل يستوجب مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يرجع الموكل عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء انصراف أثر التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير إليه^(١) .

٣٠٨ - الأساس القانوني الذي تقدم عليه الوكالة الظاهرة : بقي أن نبين على أي أساس قانوني تقوم الوكالة الظاهرة ، وكيف نستمد منها ، مع أنها غير موجودة ، النيابة في العلاقة ما بين الموكل والغير . وقد تشعبت الآراء في تحديد هذا الأساس القانوني ، فبعض يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبنية على الخطأ ، وفريق ثان يقيمها على أساس تحمل التبعة ، وفريق ثالث يقيمها على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل^(٢) .

فالذين يأخذون بالمسئولية المبنية على الخطأ يقولون إن الموكل قد أخطأ في خلق المظهر الخارجي للوكالة الذي انخدع به الغير ، فهو مثلاً لم يسترد سند التوكيل بعد انتهاء الوكالة^(٣) ، أو زود الوكيل بتوكيل على بياض^(٤) . أو

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ وفقرة ١٥٠١ ص ٩٥٣ - بيدان ١٢ فقرة ٣٣٠ .

(٢) انظر عرضاً مفصلاً لهذه الآراء المختلفة في نظرية الأوضاع الظاهرة للأستاذ عبد الباسط حميمي ص ٢١١ - ص ٢١٦ - وهناك آراء أخرى أشير إليها في هذه الرسالة ، منها الفضالة والصورية وحسن النية والمبدأ القاضي بأن الغلط الشائع يولد الحق وفكرة الاستقرار الحركي وعدم خروج التصرف عن حدود المألوف (انظر ص ٢١٦ - ص ٢٢١ من نفس المرجع - وانظر جيرو في المظهر كمصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٨٠ وما بعدها وص ١٣٠ وما بعدها وص ١٤٨ وما بعدها) . وانظر جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٥٠ - ص ١٥١ .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٧١ - نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٦٤ .

(٤) بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٤٩ - نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٨٠ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٦٤ - مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٢٦ مختصر . . .

بتوكيل غير محدد يمكن أن يساء استعماله^(١) ، أو صاغ التوكيل في عبارات عامة غامضة^(٢) ، أو أهمل مراقبة وكيله في تنفيذه للوكالة^(٣) ، أو أساء اختيار الوكيل^(٤) ، أو بوجه عام أعطى للغير الذي تعامل مع الوكيل فكرة خاطئة عن مدى حدود الوكالة^(٥) . وهذا الخطأ يستوجب تعويض الغير ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، فينصرف أثر التصرف الذي عقده الوكيل الظاهر مع الغير إلى الموكل^(٦) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه لا يمكن القول دائماً إن هناك خطأ في جانب الموكل ، فقد لا يرتكب أى خطأ ومع ذلك يلتزم بتصرف الوكيل الظاهر ، كما إذا اختلس هذا الأخير المخالصة بالدين أو بوليصة الشحن وقبض الدين أو تسلم البضاعة .

ومن ثم ذهب الفريق الثانى إلى الأخذ بتحمل التبعة ، فالموكل يتحمل تبعه نشاط الوكيل كما يستفيد من هذا النشاط ، والغرم بالغنم^(٧) . ولو كان هذا صحيحاً على إطلاقه ، لما رجع الموكل على الوكيل سبب النية بالتعويض ، مادام أنه يتحمل تبعه نشاطه .

وهذا ما دعا الفريق الثالث إلى القول بمسئولية الموكل نحو الغير عن أعمال الوكيل^(٨) ، ومن ثم ينصرف أثر المتصرف إليه ، ثم يرجع على الوكيل

(١) مثل ذلك أن يكون التوكيل في اقتراض مبلغ معين دون تعيين شخص المقرض ، فمقتضى الوكيل بموجب هذا التوكيل المبلغ مرتين من مقرضين مختلفين (بوتييه في الوكالة فقرة ٨٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٠ ص ٤١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٢٦٣) .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ٨١ - باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ جازيت دى پاليه ١٩٠٥ - ٢ - ٢٥٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ .

(٥) باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٢٧٩ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٦) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٠ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٥٠ - فقرة ٣٥٢ .

(٧) ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٣٨ ص ٢٣١ و ٣ فقرة ٣٣٧ ص ٥٣٦ .

(٨) ليوتييه في الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٣ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأصل ألا يلتزم =

بالتعويض . ولكن هذا الرأي يفترض أن الوكيل الظاهر يرتكب دائماً خطأً حتى يكون الموكل مسئولاً عنه ، وقد رأينا أنه قد يكون حسن النية لم يرتكب أى خطأ ومع ذلك ينصرف أثر تعاقدته مع الغير إلى الموكل^(١) .

وقد أسس بعض الفقهاء الوكالة الظاهرة على المظهر ، لأن إلزام الموكل بعمل وكيله الظاهر « إنما يرجع إلى أن قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية ، رغم مخالفة ذلك للحقيقة ، ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة إلى الغير الحسن النية . نفس الآثار التي كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية ، إذا كان هذا المظهر من الحسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقته للحقيقة »^(٢) . ونضيف إلى ذلك أن هذا المظهر الخارجى الخاطئ الذى أحدثه الموكل — سواء بتقصير منه أو بغير تقصير فهو على كل حال منسوب إليه فعليه أن يتحمل تبعته — يرسى القانون على أساسه نيابة يضيفها على الوكيل الظاهر ، فينصرف أثر تعاقدته مع الغير إلى الموكل بحكم هذه النيابة . ويبرر ذلك أن الغير كان حسن النية ، وهو فوق ذلك لم يكن مقصراً فى استطلاع الحقيقة بل انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ ، فأثره القانون بالحماية على الموكل الذى ينسب إليه هذا المظهر الخداع ، وذق حتى يستقر التعامل . هذه الاعتبارات جميعاً هي التى تشنع فى أن يجعل القانون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، فالنيابة هنا نيابة قانونية^(٣) ، وقد قامت دون أن تقوم الوكالة ، إذ الوكالة الظاهرة وكالة غير موجودة .

= الموكل بأعمال موكله التى جاوز بها حدود الوكالة، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد جعل الغير يعتقد أن للوكيل سلطة فى القيام بهذه الأعمال . ولا يكتفى أن يؤكد الوكيل تأكيداً غير صحيح، أن له هذه السلطة ، حتى يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل الذى اختاره (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٦) .

(١) وحتى لو ارتكب الوكيل خطأ ، فسرى أن الأصل ألا يكون الموكل مسئولاً عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله إلا فى حدود ضيقة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩) .

(٢) عبد الباسط جيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٨٠ .

(٣) وقد رأينا أن هذه النيابة القانونية فى الوكالة الظاهرة تقوم فى بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة فى القانون ، فقد نصت المادة ٣٣٢ مدق على أن « يكون الوفاء للدائن أولئائه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن . . . » . وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً عاماً فى الوكالة الظاهرة فى أهم تطبيقاتها، فى حالة ما إذا قامت هذه الوكالة =

٣٠٩ — مسؤولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله : يبقى ، في علاقة الموكل بالغير ، أن نبين إلى أى حد يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ وكيله .

والأصل أن الموكل لا يكون مسئولاً عن الخطأ الذي ارتكبه وكيله ، فإن الوكيل إذا كان ينوب عن الموكل في التعاقد مع الغير فيلزمه بهذا التعاقد ، فإنه لا ينوب عنه في الخطأ الذي يرتكبه هو فيلزمه بهذا الخطأ^(١) . فإذا ارتكب

= بعد انتهاء الوكالة الحقيقية ، فكانت المادة ٢/٩٩٥ من هذا المشروع تنص كما رأينا على ما يأتي : « ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهاءها » (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ في الهامش) . وإذا كان هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، فإن ذلك يرجع إلى أن القاعدة العامة في الوكالة الظاهرة - وهي قاعدة لها قوة القانون - تغني عنه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني في الهامش) . وإذا اعتبرنا أن الوكالة الظاهرة هي نفسها تطبق لنظرية أعم وهي نظرية الأوصاف الظاهرة (انظر عبد الباسط جميعي في نظرية الأوصاف الظاهرة) ، فإنه يسعنا في ذلك نصوص تعد تطبيقات تشريعية لهذه النظرية الأخيرة ، وبخاصة في السورية (م ٢٤٤ مدني) وفي الدائن الظاهر (م ٣٣٣ مدني) .

ويقول الأستاذ جمال مرسي بدر في هذا الصدد : « ولعل الأقرب إلى الصواب أن يقال إن الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن إرادته وبين ذمة الأصيل راجع إلى قاعدة قانونية ، أرساها القضاة ولها تطبيقات في بعض النصوص التشريعية ، وهذه القاعدة القانونية تحل في إيجاد تلك الرابطة محل إرادة الأصيل في الإنابة الحقيقية ، وذلك تغلياً لاستقرار التعامل ، وحيطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توفر الثقة في المعاملات » (جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٥٢) .

(١) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٨٠ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٥١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٨٧ - ٩ يناير سنة ١٩٣١ سيرييه ١٩٣١ - ١ - ٣٥٨ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ - ١ - ٣١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ سيرييه ١٩٣٦ - ١ - ٣٢٩ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٧ سيرييه ١٩٣٨ - ١ - ١٤٥ - ٣ مايو سنة ١٩٤٠ - جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٢ - ٢٨ - باريس ٥ يونيو سنة ١٩٢٨ الأسبوعي القضائي (Sem. Jur.) ١٩٢٨ ص ١١٠١ - دويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥٢ - ١ - ٩٣ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ - كولان وكايتان ودی لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٧ - وانظر عكس ذلك . وأن الموكل يكون دائماً مسئولاً عن خطأ وكيله مسئولية المتبوع عن التابع : بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ - ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٠٣ و ٥ فقرة ٨٩٢ - ميدان ١٢ فقرة ٣١٤ .

الوكيل مخالفة يعاقب عليها بالغرامة، لم يكن الموكل مسئولاً إلا إذا كان القانون ينص على مسئوليته هو أيضاً بالإضافة إلى مسئولية الوكيل^(١). وإذا تجاوز الوكيل حدود وكالته في التعاقد مع الغير حسن النية ولم تتوافر شروط الوكالة الظاهرة، فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل^(٢). وإذا كان الوكيل مفوضاً في بيع منقول وتسليمه، فباعه وبدلاً من تسليمه اختلسه، كان مسئولاً قبل المشتري عن هذا الاختلاس. أما الموكل فيكون مسئولاً أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشتري، ولكن لا بموجب مسئولية تثبت في جانبه عن خطأ الوكيل، وإنما بموجب البيع الذي عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري^(٣).

ومع ذلك يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها.

أما في حدود قواعد المسئولية التقصيرية، فإن الموكل يكون مسئولاً عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر إلى خطأ الوكيل، كأن أهمل في رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة^(٤)، أو كان الخطأ الذي ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذاً لتعليمات تلقاها منه، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطأه الشخصي لا عن خطأ الوكيل^(٥). كذلك يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل

(١) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ هامش ٣ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٧٢ - وانظر في قوانين الضرائب في فرنسا حيث تنص على مسئولية الموكل عن خطأ الوكيل : بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢.

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦).

(٣) نقض فرنسي ١٧ أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٤٥ - بورديو ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٢ - ٢ - ٣٦٤ - باريس ١٠ يوليو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ٦٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٤ هامش ١٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٣ - ٩٥٤ - ومع ذلك : قارن الجزائر ٧ يونيو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١.

(٤) وإذا باشر الوكيل إجراءات تعسفية ضد الغير دون أن يتصل منها الموكل، كان هذا الأخير مسئولاً بالتضامن مع الوكيل نحو الغير (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣).

(٥) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٠٢ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - أول مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ١ - ٨٠٦ - =

في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباط التابع بالمتبوع ، كأن كان خادماً عنده أو مستخدماً في متجره ، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطأ الوكيل مسئولية المتبوع من التابع^(١). ويتفرع على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذي يعد وكيلاً عنها ، باعتباره مرتبطاً بها ارتباط التابع بالمتبوع^(٢).

وأما في حدود قواعد الوكالة ذاتها ، فهناك قاعدة من هذه القواعد تقضى كما رأينا بأن التصرف الذي يُمضيه الوكيل باسم الموكل يعقده بإرادته هو

= ليون ٢٨ يولييه سنة ١٩٠٨ تحت حكم نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ٧٢-١ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ وص ٢٣٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ - وقد يجب خطأ الموكل خطأ الوكيل ، فيكون الموكل وحده مسئولاً (باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ - ٢ - ٥) . ومن باب أولى يكون الموكل إذا ارتكب خطأ هو المسئول وحده ، ما دام الوكيل لم يرتكب أي خطأ يستوجب مسئوليته (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤) .

(١) نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠ - ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٧ - دويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ٩٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٧ - ويجب التمييز بين صفة التابع وصفة الوكيل ، فالوكيل لا يكون بموجب الوكالة وحدها تابعاً إلا إذا كان يعمل تحت إشراف الموكل وطبقاً لتوجيهاته (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ هامش ١٦) . وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا ارتكب الوكيل عملاً غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن تعويض ذلك الضرر إلا إذا توافرت في علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفي لاعتبار الوكيل تابعاً للموكل بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدني ، وإتما ينبغي النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه إلى توافر وعدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

وكل من الخادم والمستخدم يربطه برب العمل علاقتان : علاقة التابع بالمتبوع بموجب عقد العمل ، وعلاقة الوكيل بالموكل بموجب عقد الوكالة الضمنية (أو كما يذهب الفقه الألماني والفقه الإيطالي يكون الخادم أو المستخدم نائباً عن رب العمل دون أن تكون هناك وكالة : انظر آنفاً فقرة ٣٠١ في الهامش - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ هامش ١٦) . فيكون رب العمل مسئولاً عن خطأه ، لا باعتباره وكيلاً بموجب عقد الوكالة ، بل باعتباره تابعاً بموجب عقد العمل . انظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٤٢ - جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٦٥ - ص ١٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ .

فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصل ، وبأنه يعتد بشخص الوكيل في العلم بظروف من شأنها أن تؤثر في هذا التصرف^(١). ويترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً بجر الغير إلى التعاقد معه ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض ، لا فحسب على الوكيل لارتكابه هذا التدليس ، بل أيضاً على الموكل كما لو كان التدليس قد صدر منه هو ، وفي هذا يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل^(٢). كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذي تعاقد معه للإضرار بحقوق دائي هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولاً عنه. فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائي الغير أن يطعنوا في التصرف بالدعوى البولصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصوري طبقاً لقواعد الصورية^(٣) ، وذلك كله في مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو^(٤).

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ في الهامش - نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٧ - ١ - ٣٣٢ - ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١٣٢ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٥٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ .

(٤) وكما أن الموكل قد يكون مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل ، كذلك قد يكون الغير مسئولاً عن خطأ الوكيل نحو الموكل . فإذا كان عقد الوكالة يلزم الوكيل بالبيع مثلاً أن يستخدم ثمن المبيع في شراء أسهم أو سندات ، فالأصل أن المشتري الذي تعاقد مع الوكيل لا يكون مسئولاً عن تنفيذ هذا الالتزام نحو الموكل (نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٣) ، وذلك ما لم ينص الموكل في سند التوكيل على أن شراء الأسهم أو السندات شرط في قيام الوكالة . فإذا كان المشتري يعلم بهذا الشرط ، فإنه يكون مسئولاً عن تنفيذه نحو الموكل ، ويجب عليه ألا يسلم الثمن للوكيل إلا بعد الاستيثاق من أنه يستخدم في شراء الأسهم أو السندات المطلوبة (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٣) - وإذا اقترض الوكيل بهذه الصفة من الغير مبلغاً أكبر مما تقتضيه الحاجة وأضاع الزائد ، لم يكن المقرض حسن النية مسئولاً عن ذلك قبل الموكل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٨) - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ - ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٠ .

المبحث الثاني

الوكيل يعمل باسمه الشخصي

(المسخر أو الاسم المستعار)

(Prête - nom)

٣١٠ — متى يعمل الوكيل باسم الشخصى — عقد التسخير أو عقد

الرسم المستعار : الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل كما قدمنا ، ولكنه تارة يعمل باسم الموكل وتارة يعمل باسمه الشخصى . والأصل أن يعمل الوكيل باسم الموكل ، فتكون الوكالة نيابية ، وقد بسطنا قواعدها فيما تقدم . وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى تصرف قانونى ، ولم يذكر فى سند التوكيل ما إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل أو يعمل باسمه الشخصى ، فالمفروض أن الموكل قد أضفى على الوكيل صفة النيابة وأباح له أن يعمل باسمه نائباً عنه . هو مع ذلك قد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل ، لسبب أو لآخر مما سنشير إليه فيما يلى ، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، ويسخره فى ذلك مستعيراً اسمه . وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار (convention de prête - nom) ، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار (prête - nom)^(١) .
فهناك إذن نوعان من الوكالة : الوكالة النيابية وهى وكالة مكشوفة (mandat ostensible) تقترن بالنيابة وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل ، والوكالة غير النيابية وهى وكالة مستترة (mandat simulé) تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل كما سبق القول .

على أن للوكالة النيابية أى الوكالة المكشوفة ، وإن كانت تبيح للوكيل

(١) . ولا يكون هناك تسخير إذا ظهر اسم الموكل إلى جانب المسم الوكيل (استئناف مختلط

٢٨٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٢١ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٦) .

أن يعمل باسم الموكل نائباً عنه ، لا تمنعه من أن يعمل باسمه إذا اختار ذلك ، وعندئذ يصبح في حكم المسخر أو الاسم المستعار ، وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير من الموكل^(١) . وتسرى على الوكيل في هذه الحالة جميع الأحكام التي تسرى على المسخر أو الاسم المستعار^(٢) ، وتكون الوكالة في الحالتين وكالة دون نيابة . ولكن يندر أن يعتمد الوكيل من تلقاء نفسه إلى التعاقد باسمه الشخصي إذا لم يكن مسخراً ، إذ هو يؤثر ألا يتحمل مسئولية انصراف أثر العقد إليه كما يتحملها المسخر فيما سرى . فالكثرة الغالبة من الأحوال التي يعمل فيها الوكيل باسمه الشخصي هي عندما يكون مسخراً بموجب عقد وكالة مستترة هو عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار .

ويلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل واتخاذها اسماً مستعاراً لأغراض عملية مختلفة ، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع^(٣) . مثل المشروع منها أن يخفى الموكل في الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه الشخصي ، لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشتري الحقيقي لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه ، أو لامتنع عن البيع نكايته به^(٤) . ومثل ذلك أيضاً أن يسخر المشتري في المزاد

(١) پلاتيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤١ - فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٣٠٤ ص ٢٠٥ - ليريور بيجونيير في الاسم المستعار (الوكيل أو الفضولي يعمل باسمه) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ ص ٣٨ - وهذا هو الأصل التاريخي للوكالة ، فقد كان الوكيل يتعاقد باسمه وينصرف أثر العقد إليه ، ولم تصل الوكالة إلى أن تكون وكالة نيابية ينصرف أثر التصرف فيها إلى شخص الموكل إلا بعد تطور طويل (انظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الخامس سنة ١٩٥٨ - وانظر في تطور القانون الروماني فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٣ وما بعدها) .

(٢) أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٢٩ .

(٣) چوسران ٢ فقرة ١٤٣٥ .

(٤) وهناك صورة عملية تقرب من هذه الصورة ولكنها ليست إياها ، وهي التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) ، وقد بحثنا هذه الصورة تفصيلاً عند الكلام في البيع في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٩٥ - فقرة ٩٩) . والتقرير بالشراء عن الغير يشترك مع التسخير في أن الوكيل في كليهما لا يعلن اسم الموكل . ولكن الوكيل في التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون أصيلاً في الشراء لا وكيلاً ، وقد يعلن اسم شخص في الميعاد المحدد يضيف إليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون وكيلاً عن هذا الشخص في الشراء وكالة نيابية . أما في التسخير فالوكيل يشتري حتماً لحساب غيره . ويلتزم بنقل الصفقة إلى هذا الغير ، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه . ومن ذلك نرى أن المقرر بالشراء عن الغير إما أن يكون أصيلاً في الشراء وإما أن يكون وكيلاً وكالة نيابية ، في حين أن المسخر يكون

وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصي لا باسم الموكل^(١) ، وذلك لأنه يريد .
أن يخفى الصفقة عن الجمهور ، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو في جلسة المزاد .
أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم .
عطاء أعلى^(٢) . والتسخير لغرض مشروع صحيح ، لأنه ضرب من ضروب

= دائماً وكيلة غير نيابية . وقد قضت محكمة النقض بأن مخاصمة الوكيل لا تصح دون ذكر
اسم الأصيل أو على الأقل دون توجيه الإجراءات إليه بوصفه وكيلة ، فإذا كان إنذار الشفعة
الذي أعلن إلى المشتري الذي احتفظ بحق اختيار الغير لم يشر إلى صفته كوكيل ، فإنه لا ينصرف .
إلا إلى شخصه (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .
ويمكن القول إن التقرير بالشراء عن الغير وضع بين أوضاع ثلاثة : في الوضع الأول يعمل
الشخص لحساب غيره وباسم هذا الغير ، وهذه هي الوكالة النيابية . وفي الوضع الثاني يعمل الشخص
لحساب غيره ولكن باسمه الشخصي ، وهذه هي الوكالة غير النيابية . وفي الوضع الثالث يعمل
الشخص إما لحساب غيره وباسم هذا الغير كما في الوكالة النيابية وإما لحساب نفسه وباسم الشخص ،
وهذا هو التقرير بالشراء عن الغير . انظر في ذلك فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢١ .

(١) ويجب التمييز بين إعاره الاسم للشراء وبين الوعد ببيع الشيء المشتري . وقد قضت .
محكمة النقض في هذا الصدد بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول في المزادة يعتبر في القانون
نائباً عنه بطريق إعاره الاسم وأن الممار اسمه لا يملك حق الأصيل - هذا التحدى محله أن يكون .
الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت .
أن الراسى عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن .
والمصاريف ، فذلك لا يصح التحدى به في إنكار الملكية على الراسى عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ .
أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف .
مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٥ .

(٢) والتسخير في القانون المدني يقابل الوكالة بالعمولة (commission) في القانون التجاري .
(انظر في أن الوكالة بالعمولة نظام تجارى قائم بذاته : فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٩٦ -
ص ١٢٢) .

وهناك ضروب مشروعة من التسخير لا تدخل في الوكالة ، لأن المسخر لا يكون وكيلاً بل ،
يعمل لحسابه الشخصي . مثل ذلك أن يشتري شخص أرضاً باسم ابنته ، فتكون البنت هي المالكة .
الحقيقية للأرض ، ولا تلزم بنقل ملكيتها للأب كما يلتزم المسخر ، ولا ينتفع الأب من الصفقة
انتفاعاً شخصياً إلا بمقدار ما ينتفع الأب عادة بمال أولاده . وإنما قصد الأب من تسخير ابنته
في الشراء باسمها أن يتفادى ، لو أنه اشترى الأرض باسمه ، أن يرثه غير ابنته من أقاربه لأنه ليس
ليس له أولاد ذكور ، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته .
(ومن هنا يعتبر هذا الشراء بالنسبة إلى ضريبة التركات واقعاً للأب إذا مات هذا في خلال خمس سنوات
من وقت الشراء ، فتستحق ضريبة التركات) ، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعى
التي تمنع أن يملك الشخص باسمه أكثر من مائة فدان ، أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام فلا يشتري .
الأرض باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصي فتزيد الضريبة على هذا الإيراد .

وهناك ضرب مشروع من التسخير أوسع من التسخير المألوف عندما يشترط المؤمن ، في

الصورية والصورية وحدها ليست سبباً في بطلان التصرف^(١) . أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن التسخير يكون باطلاً ، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذى بإشره الوكيل باسمه الشخصى تنفيذاً لعقد الوكالة . والتصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل^(٢) . فإذا سخر المدين المحجوز على ماله شخصاً يتقدم فى المزاد اشراء المال المحجوز عليه ، كان التسخير باطلاً ، وإذا رسا المزاد على المسخر كان رسو المزاد أيضاً باطلاً ، وإذا باع المسخر المال للمدين كان البيع باطلاً كذلك . ذلك بأنه لا يجوز للمدين أن يتقدم فى مزاد يبيع ماله المحجوز عليه ، وما لا يستطيع أن يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته بمسخر^(٣) . وإذا سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشتري المال

= التأمين من المسئولية ، أن يتولى بنفسه توجيه الدفاع فى دعوى المسئولية (باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٥٣ - ١٥٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٥٤) .

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٣٦ - وعلى ذلك فالتسخير فى الخصومة والإجراءات القضائية صحيح ، فينزل صاحب الحق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع به الدعوى باسمه الشخصى ، ويتفادى الخصم الحقيقى بذلك أن يظهر اسمه فى المنازعات القضائية . ويلتزم المسخر ، إذا كسب الدعوى ، بأن ينقل الحق الذى كسبه إلى الخصم الحقيقى (نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٧٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ١١٦ - ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩ - ١ - ٢٧٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ - ١ - ٢٣٠ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٨٢ ص ٤٦٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٧) .

ويجوز للمساهم فى شركة تسخير شخص آخر ، ينقل إليه ملكية أسهمه ، فى مطالبة الشركة بتقديم الحساب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١١٢) .

(٢) ويستطيع الغير حسن النية الذى تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير (نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٢٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ وقرة ٨٩٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٨) . ولكن طرفى التسخير لا يستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الصورية (تولوز ٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ١٨٥ - باريس ٥ يوليه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ١٢٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ ص ٤٧٠) . وانظر فى إلزام المسخر بالتنفيذ : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦ - ١ - ٤٧١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيريه ٥١ - ١ - ٣٤ - ٦ أغسطس سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ - ١ - ٢٤٧ - ٢٩ يوليه سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٤ - ١ - ٢١١ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ - ١ - ١١ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٨٣ ص ٤٦٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٧ - وقد قدمنا =

المنوطا به هو بيعه أو تقدير قيمته ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٩ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني بما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة . . » ، وكذلك تقول المادة ٤٨٠ مدني : « لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها ، أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسماهم أم باسم مستعار . وإذا سخر أحد عمال القضاء من يشتري حقاً متنازعا فيه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها نظر النزاع فيه ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع شراء هذا الحق بنفسه فلا يجوز له شراؤه بمسخر . وتقول المادة ٤٧١ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا المحضرين أن يشتروا ، لا بأسماهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا . » . وإذا سخر محام من يتعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الذي يتولى الدفاع عنه ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع أن يتعامل في هذا الحق بنفسه فلا يجوز أن يتعامل فيه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٢ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسماهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » (١) .

= أن التسخير في الخصومة جائز ، ولكنه يكون غير جائز إذا كان غير مشروع وقصد به التحايل على القانون ، كما إذا باع شخص العين المتنازع فيها لمسخر حتى يغير المحكمة المختصة بنظر النزاع . فيما لو رفعت الدعوى عليه شخصيا ، وذلك لإضراراً بخصومه (كان ٢٤ مارس سنة ١٨٦٢ دالور ٦٣ - ٢ - ١٨٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) .

(١) ويعتبر التسخير غير مشروع إذا قصد به التواطؤ على الإضرار بحقوق الغير . فإذا كان الدائن قد حول حقه في ذمة المدين لمسخر حتى يتوق بذلك أن يتمسك المدين بالمقاصة بين هذا الحق وبين حق له في ذمة الدائن ، كان التسخير باطلا (نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ - ١ - ٣١ - جيوار فقرة ٢٠ - بودري ، وقال في الوكالة فقرة ٨٨٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) . وقد يتعهد تاجر بألا يزاحم تاجرا آخر في تجارته ، فيدخل بتعهده إذا هو سخر شخصاً آخر لهذه المزاحمة ، ويكون التسخير غير مشروع (بودري . وقال في الوكالة فقرة ٨٨٠ ص ٤٦٦) . وإذا اشترط القانون مؤهلا فنياً خاصاً فيمن يدير عملاً (كصيدلية) ، فسخر شخص غير حامل لهذا المؤهل شخصاً حاملاً له لإدارة هذا العمل ، كان هذا تحايلاً على القانون ، وكان التسخير غير مشروع (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٠ ص ٤٦٦) .

وأياً كان الغرض من التسخير ، فإن التسخير يتخذ الصورة التي تلائمه . فمن يسخر في شراء منزل يوكل المسخر في شراء هذا المنزل على أن يكون الشراء باسم المسخر الشخصي ، ومن يسخر في بيع منزل يبيع أولاً هذا المنزل إلى المسخر ويوكله في بيعه إلى الغير على أن يكون البيع باسم المسخر الشخصي ، ومن يسخر في قبض دين له في ذمة الغير يحول هذا الحق إلى المسخر فيقبضه هذا باسمه الشخصي^(١) ، وهكذا^(٢) .

ولما كان المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما سبق القول ، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذي سخر فيه^(٣) ، ولا يكفي أن يكون مميزاً كما يكفي ذلك في الوكيل العادي على ما قدمنا^(٤) .

وإذا تعاقد المسخر مع الغير على النحو الذي قدمناه ، وكان التسخير مشروعاً ، فإن المسخر في علاقته مع الغير يكون أصيلاً ، وفي علاقته مع الموكل يكون وكيلًا . فيقتضي ذلك إذن أن نبحث :

(١) ويجوز له أن يقاضي باسمه الشخصي الحال عليه ، فيكون أيضاً مسخراً في رفع الدعوى .. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالاً بسند الدين موضوع النزاع من صدر له هذا السند ، ثم رفع الاستئناف باسمه أيضاً عن الحكم الابتدائي ، الذي قضى برفض دعواه ، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضاً في الحكم الاستئنائي ، فإن طعنه يكون جائزاً . ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل ، أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق ، أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن ، لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريراً لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه في الطعن . استمراراً للخصومة التي تولاهها باسمه أيضاً في مراحلها السابقة . وليس في القاتون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف ؛ لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤) .

وانظر أيضاً في التسخير في رفع الدعوى : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١١٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٧ - ويجوز أن يتقدم المسخر باسمه الشخصي في التوزيع (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ - فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ - وقد يكون الغرض المقصود لا يمكن تحقيقه فوراً كالهبة لشخص غائب أو غير موجود ، فيكون التسخير ضرورياً في هذه الحالة ويتخذ الصورة الآتية : يوهب المال لمسخر ، ويوكل في هبته للشخص المقصود عندما يعود أو عندما يوجد (فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٠٥) .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ٥٠٥ ص ٩٥٩ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ في الهامش ..

١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير .

٢ - علاقة الموكل بالغير .

٣ - علاقة الوكيل المسخر بالموكل^(١) .

§ ١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣١١ - انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر :

رأينا أن المادة ٧١٣ مدني تحيل ، فيما تحيل إليه من النصوص ، إلى المادة ١٠٦ مدني ، وهذه تقول : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائناً أو مدينناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب^(٢) » . ولما كان الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد مع الغير أنه يتعاقد بصفته نائباً ، بل هو يتعاقد باسمه الشخصي ، فإنه لا يكون نائباً عن الموكل في تعاقد ، ومن ثم لا يضاف أثر العقد إلى الموكل ، بل يضاف إلى الوكيل المسخر دائناً أو مدينناً كما يفهم من النص سالف الذكر .

وعلى ذلك تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير ، كما تضاف إليه أيضاً جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير^(٣) .

(١) انظر في التمييز بين التوسيط الحقيقي (interposition réelle) والتوسيط الصوري (interposition fictive) ، وفي أن التسخير هو إحدى صور التوسيط الحقيقي ، في حين أن التوسيط الصوري هو تعبير آخر عن الصورية : فلاتيه في العقود لحساب الغير وبوجه خاص ص ٢١٤ - ص ٢١٧ و ص ٢٣٥ - ص ٢٣٨ . وقارن أكرم أمين الخولي فقرة ١٩٤ (حيث يبدو أنه يجعل صورة التوسيط الصوري هي إحدى صور الوكالة غير النيابة ، بل يجعلها هي « الاسم المستعار بالمعنى الدقيق ») .

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٤٣ مدني عراقي والمادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني آنفكا فقرة ٢٩٩ في الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠١ - نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ - ٢٨ يوليو سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩ - ١ - ٤٢٧ - ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ - ١ - ١٥٢ - ١١ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٦٩ - ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيريه =

ويستثنى من ذلك حالتان يكون فيهما الوكيل المسخر نائباً عن الموكل بالرغم من أن الوكالة الصادرة له وكالة غير نيايية ، فتضاف حقوق العقد والتزاماته مباشرة إلى الموكل دون الوكيل ، وتسرى أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيايية :

(الحالة الأولى) إذا كان الغير يعلم ، أو من المفروض حتماً أن يعلم ، بأن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون الغير ، وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر ويعلم أنه وكيل لا أصيل ، يقصد التعاقد مع الموكل لا مع الوكيل ، وفي هذا الفرض يتعامل الوكيل باسمه الشخصي أما الغير فيتعامل لحساب الأصيل^(١) ، فتسرى أحكام الوكالة النيايية ، وتضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الموكل لا إلى الوكيل المسخر كما تقضى المادة ١٠٦ مدني فيما رأينا . وإما أن يكون الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل ، وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل ، وفي هذا الفرض لا يكون الوكيل المسخر نائباً عن الموكل ، وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته ، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير ، ولا يعترض على هذا بأن الغير يعلم بأن الذي يتعاقد معه وكيل لا أصيل ، فمن القواعد المقررة في التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الوكيل المسخر دون الموكل^(٢) .

= ٩٢ - ١ - ٣٠٥ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت
دى پاليه ١٩٣٧ - ١ - ١٠٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٠٠ - أوبري ورو وإسمان ٦
فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٩١ ص ٢٠٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٨ - فقرة ١٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٥ وفقرة ٩٠٢ -
فقرة ٩٠٥ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة
١٥٠٧ ص ٩٦٠ وفقرة ١٥٠٨ ص ٩٦١ - نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٨٣٠ S. Chr. -
٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ . وقد رأينا المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات
والعقود اللبنيان تقول : « إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه ، كانت له الحقوق الناشئة
عن العقد . ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدتهم كما لو كان العمل يهمة وحده دون الموكل ،
وإن يكن الذين عاقدتهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة) » (انظر
أنفاً فقرة ٢٩٩ في الهامش) . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدني الإيطالي
التجديد على أن « الوكيل الذي يعمل باسمه الشخصي يكسب الحقوق الناشئة من التصرفات التي يبرمها
مع الغير ويتحمل بالتزامات ، حتى لو كان الغير يعلم بوجود الوكالة » . وانظر في التقنين المدني =

والبت فيما إذا كان الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الموكل مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع ، والمفروض أنه يقصد التعاقد مع الموكل مادام يعلم أن التعاقد لحساب هذا الأخير ، وذلك ما لم يثبت أنه قصد التعاقد مع الوكيل المسخر .

(الحالة الثانية) إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل المسخر أو مع الموكل . وهذا يحدث في المألوف من الحياة اليومية ، فمن يدخل متجرأ ليشترى سلعة لا يعنيه أن يكون البائع لهذه السلعة أصيلاً أو وكيلاً ، كما لا يعنى البائع أن يكون المشتري أراد الشراء لنفسه أو كان مسخرأ يشتري لحساب غيره^(١) . وفي هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه ، فإن له أن يرجع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه ، وتسرى في ذلك أحكام الوكالة النيابية^(٢) .

= الإيطالي الجديد في هذه المسألة فلا تيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ . ويذهب الأستاذ أكثم أمين الحولى إلى أنه إذا كان الغير يعلم بالتسخير ، فإن قواعد الصورية هي التي تنطبق ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالعقد الصورى لعلمه بالصورية ، وتسرى عليه أحكام العقد الحقيقى فيعتبر أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل (أكثم أمين الحولى فقرة ١٩٤ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤) . وهذا القول يتعارض مع ما هو متفق عليه إجماعاً من أن علم الغير بالتسخير لا يمنعه من أن يكون متعاقداً مع المسخر شخصياً ، وهذا ما جعلنا نميز بين ما إذا كان قد قصد التعاقد مع المسخر فتسرى هذه القاعدة ، أو قصد التعاقد مع الموكل عن طريق المسخر فتقوم العلاقة مباشرة بين الموكل والغير .

(١) وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع . ونرى أن يتخذ القاضى في ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً شخصياً ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات ، بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص في الظروف التي تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار التعامل ، وقد أخذ به التقنين المدنى في كثير من الأحوال ، وأخذ به فعلاً في الحالة الأولى بالذات من هاتين الحالتين حيث يقول : « أو من المفروض حتماً أن يعلم » . ولما كانت المادة ١٠٦ مدنى يقابلها المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٦٤ من التقنين المدنى الألمانى ، وقد أخذ القضاء السويسرى بالمعيار الشخصى في حين أن القضاء الألمانى أخذ بالمعيار الموضوعى ، فقد رجح الأستاذ جمال مرسى بدر الأخذ بالمعيار الشخصى لأن المادة ١٠٦ مدنى مصرى استقيت من المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى (جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٥٩) . ولا نرى التقييد بالمصدر التشريعى الذى استقيت منه نصوص التقنين المدنى ، بل يجب اعتبار هذه النصوص كلا تفتظمه وحدة متناسقة ويستمد حياته من البيئة المصرية ومقتضياتها ، إذ هو موضوع لهذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبى .

(٢) ويجب تمييز هاتين الحالتين عن حالة ثالثة فيها يتعاقد الوكيل باعتباره نائباً ولكنه =

٣١٢ - انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر : وفيما عدا الاستثنائين

المتقدم ذكرهما ، تنصرف الحقوق كما قدمنا إلى الوكيل المسخر . فإذا كان هذا يشتري سلعة لحساب موكله ولكنه يتعاقد باسمه الشخصي ، فإن حقوق المشتري تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للبائع بنقل الملكية وتنتقل الملكية إليه فعلاً^(١) ، كما يصبح دائناً للبائع بتسليم المبيع وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . وإذا كان يبيع سلعة لموكله بعد أن انتقلت إليه ملكيتها^(٢) ليكون مسخراً في بيعها ، فإن حقوق البائع تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للمشتري بالثمن . وإذا سخر في أن يكون محالاً له في حوالة حق ، انتقل إليه هو الحق المحال به . أما إذا سخر في أن يكون محيلاً بعد نقل الحق إليه من الموكل ، كان هو الدائن للمحال له بضمن الحوالة . وإذا ثبت له حق في ذمة الغير ، لم يجز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الموكل ، ولكن يجوز التمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الوكيل المسخر^(٣) . والوكيل المسخر هو الذي يرفع الدعوى باسمه الشخصي للمطالبة بالحق الذي يثبت له ، والحكم يصدر لصالحه هو^(٤) ، وهو الذي يقوم بتنفيذه ، ويتقدم باسمه الشخصي في التوزيع^(٥) .

= لا يكشف عن شخصية الموكل ، فيقبل الغير التعاقد معه على هذا الأساس . وتتميز هذه الحالة الثالثة عن الحالتين السابقتين بأن الوكيل يتعاقد باسم موكل مجهول ، في حين أنه في الحالتين السابقتين يتعاقد باسمه الشخصي . والحكم في هذه الحالة الثالثة أن التعاقد ينصرف أثره إلى الموكل كما هو الأمر في الحالتين السابقتين ، ولكن ذلك يقع تطبيقاً لأحكام النيابة ، لا استثناء من هذه الأحكام كما استثنيت الحالتان السابقتان . وليس في منطق النيابة ما يمنع من تجهيل شخص الأصيل لفترة معقولة من الزمن ، ويقع ذلك في العمل في التقرير بالشراء عن الغير (انظر في هذا المعنى جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٦٠ - ص ١٦١ - وانظر المادة ١١ من مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص - جمال مرسى بدر في دراسات حول هذا المشروع فقرة ٤١ - فقرة ٤٢) .

(١) ومن ثم يستطيع أن يسترد من تحت يد الغير الشيء الذي اشتراه (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩٠٣ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٢) أو بعد أن انتقلت إليه حيازتها في المنقول (پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩٠٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٤) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ١١٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

٣١٤ — عرفة الوكيل المستخر بأغيار آفرين : : وقد تقوم علاقة بين

فإذا سخر لشراء منزل مثلاً واشتراه ، كان هو المالك له . وهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنزل مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، طبقاً لأحكام المادة ٩٨٠/١ و٢ مدنى^(٦) .

(١) نقض فرنسي ١٦ ديسمبر سنة ١٨٤٠ سيري ٤١ - ١ - ١٦٧ - ٨ يولييه سنة ١٩٥٦
سيري ٥٦ - ١ - ٨٧٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ سيري ٥٨ - ١ - ٤٤٤ - ٢٨ يولييه
١٨٦٩ سيري ٦٩ - ١ - ٤٢٧ - ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيري ٧٣ - ١ - ٣٦٦ - ١٢ يناير
سنة ١٨٩١ سيري ٩٢ - ١ - ٣٠٥ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ سيري ٩٧ - ١ - ٤٨٧ - ترولون
فقرة ٤٣ - يون ١ فقرة ١٠٧٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٤٧٧ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ - پلانيول وريبير

(٤) بودرى وثقال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٤٧٧ .

(١٥) پلانپول ورپير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(٦) نقض فرنسی ١١ مارس سنة ١٨٩٠ ذالوز ٩٣ - ١ - ٣٦٩ - بودری و قال فی

الوكالة الفنية: ٤٧٧ - بلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٧ ص ٩٦٠ هاش ٣.

الملكية . وإذا مات قبل أن يقوم بنقل ملكية المنزل إلى الموكل على الوجه الذى سنبينه ، انتقلت الملكية من الوكيل إلى ورثته ، ووجب على هؤلاء دفع ضريبة التركات (١) .

وبالنسبة إلى دائى الوكيل المسخر ، يعتبر المنزل مملوكاً للوكيل ، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم . فإذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه (٢) . ولما كان الوكيل المسخر ملتزماً بحكم الوكالة المستترة بنقل ملكية المنزل إلى الموكل ، فإنه لا يجوز للدائنه أن تطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البولصية حتى لو كان الوكيل معسراً ، ذلك أن التزام الوكيل بنقل الملكية منذ تملك المنزل بنى حتماً نية تواطؤه مع الموكل للإضرار بحقوق الدائنين . ونرى من ذلك أنه إذا كان الوكيل يعتبر مالكاً للمنزل ، فإنه ملكيته هذه يقيد منها أنه ملتزم بنقلها للموكل منذ ثبوتها له ..

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير

٣١٥ - عدم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل :
رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تقضى بأنه إذا لم يعلن الوكيل وقت إبرام

(١) فقص فرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ - ١ - ٢٢٥ - ٢٦ يولييه سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ - ١ - ١٣٢ - ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ - ١ - ٢٢٦ - ١٨ يولييه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ٥٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٦٠ هامش ١ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٩١ (ويذهب إلى أنه يجوز لورثة المسخر أن يثبتوا أنهم لم يرثوا إلا ملكية ظاهرة وأنهم ملزمون بنقل الملكية للموكل ، فإذا أثبتوا ذلك لم يكونوا مزمين بدفع ضريبة التركات - وانظر أيضاً فى المعنى الذى يقول به بودرى وقال : أوبرى ورو . إسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٥ هامش ٣٣) .

(٢) وكذلك لو كان الشيء الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولاً وحجز عليه دائنوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل ، فإن للدائنين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل . ويقضى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، فى المنقول ، بتقديم حق الموكل على حقوق الدائنين لو كان للوكالة تاريخ ثابت سابق على تاريخ الحجز ، حتى لو كان الحجز متقدماً على انتقال ملكية المنقول للموكل . فتص المادة ١٧٠٧ من هذا التقنين على ما يأتى : « لا يجوز لدائى الوكيل التنفيذ على الأموال التى كسب الوكيل ملكيتها باسمه الشخصى تنفيذاً للوكالة ، إذا كانت الوكالة ثابتة التاريخ وسابقة على الحجز بالنسبة إلى الأموال المنقولة وإلى الحقوق (créances) ، أو إذا كان تسجيل سند إعادة نقل الملكية إلى الموكل أو تسجيل صحيفة الدعوى بالمطالبة بإعادة نقل الملكية سابقاً على الحجز بالنسبة إلى العقارات والمنقولات المقيدة فى السجل العام » . وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٨ - وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى فى هذه المسألة فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائماً أو مديناً . ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد باسمه الشخصي لا بصفته نائباً عن الموكل ، فإن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقداته لا تنصرف إذن إلى الموكل ، ولا يصبح هذا دائماً مباشرة أو مديناً للغير^(١) . ويستثنى من ذلك الحالتان اللتان تقدم ذكرهما ، وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بوجود الموكل وقد قصد التعامل معه ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ففي هاتين الحالتين تضاف الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وقد تقدم تفصيل ذلك^(٢) .

٣١٦ - عزم انصراف الحقوق إلى الموكل : وفي غير هاتين الحالتين

لا تنصرف الحقوق إلى الموكل كما سبق القول . فإذا سخر الموكل الوكيل في شراء منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية والتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفية ، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر كما قدمنا . وكذلك إذا سخر الموكل الوكيل في بيع منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشتري بالثمن ، بل الدائن هو الوكيل المسخر وقد سبق ذكر ذلك^(٣) . على أن الموكل ، إذا لم يستطع الرجوع مباشرة بالثمن على المشتري ، يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر^(٤) . ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشتري ، عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشتري أو عندما يحل الموكل محل الوكيل في هذا الحق كما سيجيء ، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسنى النية^(٥) .

(١) نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيرييه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٣ - جيوار فقرة ١٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - الإسكندرية المختلطة : أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٦٠ ص ١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ .

(٥) وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدني الإيطالي الجديد في هذا المعنى ، على ما يأتي : « لا يكون للغير علاقة بالموكل . ومع ذلك يجوز للموكل ، بحلولة محل الوكيل ، أن يـ

٣١٧ عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل : كذلك لا تنصرف

إلى الموكل الالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير^(١) . فإذا كان الوكيل قد سخر في شراء أو بيع ، فإن الموكل لا يكون هو المدين بالثمن في حالة الشراء ، ولا ينقل الملكية والتسليم والضمان في حالة البيع ، وإنما يكون المدين هو الوكيل كما قدمنا^(٢) . ولا يجوز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين الحق الذي له في ذمة الوكيل ودين في ذمته للموكل^(٣) . وإنما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدینه وهو الوكيل المسخر^(٤) ، كما يجوز له الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل عند حلول هذا محل الوكيل ، أو حتى قبل هذا الحلول وتكون بمقدار ما عاد على الموكل من فائدة بموجب قواعد الإثراء بلا سبب^(٥) .

ولما كانت الالتزامات لا تنصرف إلى الموكل على الوجه الذي قدمناه ، فإنه لا يجوز للموكل التمسك على الغير بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، كما لا يجوز له الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل لمصلحة الغير اعتراض الخارج عن الخصومة ، وذلك لأن تصرف الوكيل لا يلزمه ، فليست له

يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة ، دون أن يخل ذلك بالحقوق المخولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية « . انظر في ذلك فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .
(١) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٠٣ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ - ١ - ١٢٨ بودري وثال في الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٨٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .
(٣) بودري وثال في الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٧٥ - وإذا سخر الموكل الوكيل في ترتيب

حق رهن رسمي على عقار ، فنقل للوكيل ملكية العقار لهذا الغرض ، ورتب الوكيل عليه حق الرهن الرهنى باسمه الشخصى ، فإن العقار يرتد للموكل مثقلاً بالرهن ، ولا يجوز للموكل الاحتجاج بعدم رسمية سند التوكيل المستتر باعتباره توكيلاً في رهن رسمي فيجب أن يكون رسمياً . ذلك أن الموكل ، عند ما يسترد العقار مثقلاً بالرهن ، يسترده بوصفه حائزاً للعقار لا بوصفه موكلاً في رهن رسمي ، ومن ثم يجوز له التطهير (قارن في هذه المسألة پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٥٨ - بودري وثال في الوكالة فقرة ٨٩٩ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ .

(٥) باريس ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٢ - ٢ - ٨٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

مصلحة لا في التمسك بمجاوزة حدود الوكالة ولا في الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل^(١).

٣١٨ - عرقه الموكل بأغيار آخرين : وكما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذي سخر للتعاقد معه ، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين . من هؤلاء دائنو الموكل ، ودائنو الوكيل ، والأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير .

فبالنسبة إلى دائني الموكل ، نفرض أن الوكيل سخر في شراء منزل لحساب الموكل أو أنه سخر في بيعه . فإذا سخر الوكيل في شراء منزل ، اعتبر المنزل مملوكاً له ، ولكن هذه الملكية مقيدة بالتزامه بنقلها للموكل منذ ثبوتها له كما قدمنا^(٢) . فباعتبار المنزل مملوكاً للوكيل لا يجوز لدائني الموكل أن ينفذوا عليه ، ولكن باعتبار الوكيل ملتزماً بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل ، فإذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل جاز لدائنيه أن ينفذوا عليه . وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائني الوكيل ، فقد قدمنا أن دائني الوكيل يستطيعون ، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذي ينتقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل في مواجهة الموكل نفسه^(٣) . فيستطيعون إذن أن يستوفوا حقوقهم في هذه الحالة من ثمن المنزل في مواجهة دائني الموكل ، لأن ما يستطيعونه في مواجهة الموكل يستطيعونه في مواجهة دائنيه إذ أن هؤلاء إنما يستمدون حقهم من الموكل . أما إذا سخر الوكيل في بيع منزل ، وتمهيداً لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل ، فإن لدائني الموكل أن يطعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم^(٤) . ولا يجوز لهم

(١) استئناف شتات ١٦ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٠ - نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ١٣٧ - باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البري ١٩٥٣ - ١٥٢ - أوبري ورو وإسمان ٦. فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٤) والدائنين كذلك أن يطعنوا في التصرف بالصورية دون حاجة لإثبات التواطؤ ((بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

الطعن بالدعوى البولصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذاً لوكالته ، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضاً متواطئاً مع الوكيل .

وبالنسبة إلى دائئى الوكيل ، قدمنا أن الموكل يستطيع استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنزع الملكية^(١) . وإذا أفلس الوكيل ، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل ، كان هذا الأخير دائئاً للتفليسة شأنه في ذلك شأن سائر دائئى الوكيل . أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس ، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكاً له^(٢) .

وبالنسبة إلى من تصرف له الوكيل في المنزل الذى اشتراه بطريق التسخير ، فإن الموكل يستطيع أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية باعتباره دائئاً للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض ، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعاً ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية^(٣) .

§ ٣ - علاقة الوكيل المسخر بالموكل

٣١٩ - **تحرير هذه العرفة - إثبات الوكالة المستترة :** تقوم علاقة الوكيل المسخر بالموكل على الوكالة المستترة التى عقدها معاً ، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الصورية إذ الوكالة المستترة هى العقد الحقيقى الذى يسرى في العلاقة ما بين المتعاقدين . وهذه الوكالة نجعل كلا منهما مرتبطاً بالآخر ارتباط الوكيل بالموكل ؛ ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى ، فيصرف أثر التعاقد إليه كما قدمنا ، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل هذا .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٢) قارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ .

(٣) أما التقنين المدنى الإيطالى الجديد فيجيز للموكل أن يسترد المنقول الذى اشتراه الوكيل لحسابه ، إلا إذا ثبت لحائز حسن النية حق على هذا المنقول . فتص المادة ١٧٠٦ من هذا التقنين على أنه « يجوز للموكل أن يسترد الأشياء المنقولة التى ملكها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، مع عدم الإخلال بالحقوق التى كسبها الغير بموجب الحيازة بحسن نية » . انظر في التقنين المدنى الإيطالى فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

الأثر من الوكيل إلى الموكل ، فنتقل الحقوق والالتزامات من الأول إلى الثاني ، وهذا بخلاف الوكالة المكشوفة حيث لا حاجة لهذا النقل إذ أن الحقوق والالتزامات التي يعقدها الوكيل تضاف ابتداء إلى الموكل كما سبق القول . فنبحث إذن مسألتين : (أولا) علاقة الوكيل المسخر بالموكل هي علاقة وكيل بموكل . (ثانيا) نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل . وقبل ذلك يجب على من يتمسك بالوكالة المستترة ضد الآخر أن يثبت وجودها^(١) . ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة^(٢) ، فإذا كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . على أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة ، فإذا وجدت كتابة تثبت أن شخصاً نقل ملكية شيء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات إلى شخص آخر ، وادعى الشخص الأول أن الشخص الثاني إنما هو وكيل عنه مسخر في بيع هذا الشيء ، لم يجز له أن يثبت عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٣) .

٣٢٠ — ورقة الوكيل المسخر بالموكل هي عرفة وكيل بموكل : لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذي أبرماه ، فإن هذا العقد يربط في جانب الوكيل وفي جانب الموكل جميع الالتزامات التي يربتها عقد الوكالة في جانب كل من الاثنين^(٤) .

(١) نقض فرنسي ٢٥ ابريل سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٣٩٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٩ .

(٢) حتى لو كان العقد الذي أبرمه الوكيل المسخر ثابتاً في ورقة رسمية ومذكوراً فيه أن الوكيل تعاقد باسمه الشخصي ، فلا يطلب من الموكل لإثبات التسخير أن يظن في العقد بالتزوير ، لأنه لا ينزع في صحة ما أدلى به الوكيل أمام الموثق الرسمي من أنه يتعاقد باسمه الشخصي (بودري ووال في الوكالة فقرة ٨٨٨) .

(٣) نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ١٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٨ .

(٤) نقض فرنسي ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٤٠ - ترولون فقرة ٤٣ - بون ١ فقرة ١٠٧٩ - جيوار فقرة ٢٠٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٩ .

فيلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة^(١)، وبالعناية الواجبة. تبعاً لما إذا كانت الوكالة بأجر أو كانت غير مأجورة. ويلتزم بأن يقدم حساباً للموكل^(٢)، وبأن يوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة. ويلتزم أخيراً برد ما للموكل في يده إليه^(٣)، وسنرى أنه يلتزم كذلك بنقل الحقوق التي عقدها باسمه إلى الموكل كما يلتزم هذا الأخير بتحمل الالتزامات التي عقدها الوكيل. ولما كان العقد الذي يربط الطرفين أحدهما بالآخر هو عقد وكالة، فإن ما يقع في يد الوكيل للموكل بسبب هذه الوكالة يكون أمانة في يده، فإذا أخذه لنفسه كان مبدداً^(٤). وقد سبق بيان كل ذلك.

= وتنتهي هذه العلاقة بالأسباب التي تنتهي بها الوكالة، وسنرى أن الوكالة تنتهي بأسباب منها: موت الوكيل أو موت الموكل أو عزل الوكيل أو تنحيه عن الوكالة (انظر في أسباب انتهاء عقد التسخير بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩٠٦ - أوبري ورو وإيمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤). ويترتب على ذلك أن المسخر في الخصومة إذا مات أو عزل أو تنحى انتهت الوكالة، وحل الموكل محل الوكيل دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التدخل في الدعوى (نقض فرنسي ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ١٧ (١) - باريس ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ١ - ١١٠). وتعتبر الإجراءات التي تمت قبل الموت أو العزل أو التنحي صحيحة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ١٣٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٩١٨ - فقرة ٩١٩). وإذا مات الموكل انتهى عقد التسخير، ولم يجوز بعد ذلك للمسخر أن يتصرف (استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٨). ويجوز للموكل أن يعزل المسخر، حتى لو كان بأجر (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١٠). ولو سخر شخص شخصاً آخر في قبض حق له فحوله له تحويل تسخير، جاز للموكل أن يعزل المسخر قبل أن يقبض الحق المحال به (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩).

(١) بل إن الوكيل المسخر إذا أناب عنه وكيلاً، وكان هذا الوكيل يعلم صفة موكله وأنه وكيل مسخر، فإن علاقة مباشرة تنشأ بين نائب الوكيل المسخر والموكل، ويلتزم الأول بتقديم حساب للثاني، ولا تكوى المخالصة التي يعطيها الوكيل المسخر لنائبه حجة على الموكل (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥).

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٧٦ - جيوار فقرة ٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٢..

(٣) نقض فرنسي ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٤ - ١ - ٢٩٩ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣

سيريه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ - وقد قضت محكمة النقض أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه، ومن حيث مسؤوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افترس عليه. ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء، إلا من ناحية أن وكالته مستترة، فكان الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها: للموكل ظاهراً وباطناً (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥).

ويلتزم الموكل بأن يدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وبأن يرد المصروفات التي أنتمتها الوكيل في شؤون الوكالة ، وبأن يعرض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة^(١) . وقد سبق تفصيل هذه الالتزامات :

٣٢١ - نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل :

وعلى الوكيل المسخر أن ينقل إلى الموكل الحقوق التي كسبها باسمه ، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عقده باسمه من الالتزامات . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصين في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من هذا المشروع (م ٧٠٥ مدني) تنص على ما يأتي : « وعليه (الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق . وهو يعمل باسمه لحساب الموكل »^(٢) . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لعدم ضرورتها »^(٣) ، والظاهر أن سبب الحذف هو الاكتفاء بالقواعد

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التعاقد على التسخير في عمل شيء باسم المسخر وحساب المسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير في هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام . وفي هذه الحالة يكون المسخر وكيلاً للمسخر ، وتكون العلاقة القانونية بينهما علاقة وكيل بموكل تسري عليها أحكام الوكالة . فالدعوى التي يرفعها المسخر بمطالبة المسخر بما دفعه لحسابه تقدر قيمتها بجميع المبلغ المدفوع من الوكيل بصرف النظر عن قيمته الأصلية ، لأن الموكل ملزم قانوناً بأداء ما دفعه الوكيل لحسابه مع فوائده (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٦٦ ص ١٤٤) .

وانظر أيضاً : نقض فرنسي ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - جيوار فقرة ٢٦ - بودري قال في الوكالة فقرة ٨٩٢ .

والمسخر في الدعوى إذا حصل على حكم لصالحه يلتزم بنقله إلى الموكل مقابل دفع رسوم الحكم ، ولا يجوز له حبسه حتى يستوفى أجره من الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٧) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل اسماً مستعاراً يعمل باسمه الشخصي . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٦٥ في الهامش .

العامّة . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى (م ٧١٠ مدنى) تنص على ما يأتى : « يلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) . فحذفت هذه الفقرة أيضاً فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها » (٢) ، والظاهر أن سبب الحذف هنا أيضاً هو الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

والقواعد العامة تقضى بأن يلتزم الوكيل أو ورثته بنقل الحقوق التى كسبها باسمه الشخصى لحساب الموكل إلى هذا الأخير (٣) ، وتقضى بأن يلتزم الموكل أو ورثته بتحمل الالتزامات التى عقدها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل (٤) . ويتم نقل الحقوق وتحمل الالتزامات ، بالنسبة إلى الغير ، إما بعقد جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل بنفس مشتملات العقد الأول ، وبشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل إلى ذمة الموكل ويصبح الموكل دائناً للوكيل بالحقوق ومدينّاً بالالتزامات (٥) ، وإما بأن يحل

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة ، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٨ - وانظر آنفاً فقرة ٢٨٥ فى الهامش .

(٣) الإسكندرية المختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٦٠ ص ١ - نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيرييه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ - وانظر . فى أنه إذا حصل الوكيل بالعمولة (وهو فى مقام الوكيل المسخر) المبلغ موضوع البروتستو لحساب موكله ، فإن هذا المبلغ يصبح واجب الأداء للموكل : نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة جمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ .

(٤) وذلك حتى قبل أن تصبح هذه الالتزامات مستحقة الأداء (نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيرييه ٧٣ - ١ - ٣٦٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير ، فهذا لا يغير من علاقته بالموكل ، وإذا حرر عقد الشراء باسمه تنفيذاً للوكالة ، ألزم الموكل بدفع الثمن للوكيل مقابل نقل تكليف المشتري من اسمه إلى اسم الموكل (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٨ ص ١٣١) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى سيّدة إنما تم على أساس الطلب المقدم منها ، والنزاع دلت ورقة الضد المؤرخة فى ذات تاريخه على أنه قدم فى الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه ، فلا يكون لها أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه . ويجب أن ترد الأمور إلى نصابها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على الإقرار الصحيح بأن الشراء كان لزوجها ، وأن ظهورها هو كثرية لم يكن إلا صورياً . وإذن فالملكية =

الوكيل الموكل محله في العقد الذي أبرمه مع الغير ويشترك الغير في هذا الإحلال . فيصبح الموكل هو الدائن للغير بالحقوق والمدين له بالالتزامات (١). فلو سخر الوكيل

= في حدود العلاقة بين السيدة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها ، بل إليها مع باقي الورثة . أما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة ، فالأمر يختلف (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

وقد علق الأستاذ محمد حامد فهمي على هذا الحكم بما يأتي : « بهذا قطعت المحكمة بأن المتعاقد ، متى كان معبراً اسمه لغيره ، فهو في خصوص علاقته بالأصيل المستر وكيل مثل كل الوكلاء . وكل الحقوق وكل الواجبات المتولدة عن العقد إنما تكون للموكل أو عليه ، وإن يكن هذا الوكيل هو وحده صاحب الحقوق والملازم بالواجبات في علاقته مع المتعاقد معه أو مع الغير من عدا الموكل . وكذلك قطعت المحكمة - فيما أثاره الطاعن - بأن هذا الوضع لا يتغير إذا كان العقد تصرفاً في عقار ، وبأن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعبر اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستر . فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل في حق غير الوكيل ، وجب عندئذ - ولتحقيق هذا الغرض وحده - إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله . وتعتبر خزانة الدولة من الغير في هذا الصدد ، ولذلك يكون من حقها أن تعتبر المال المتصرف فيه في ملك الوكيل المعبر اسمه وتفرض عليه ضريبة التركات إذا مات من قبل أن يقر به للأصيل ، وأن تعتبر إقرار الوكيل بملكية الأصيل تصرفاً ناقلاً للملكية وتحصل عنه رسوم التسجيل » (مجموعة عمر ٥ ص ٦٦٦ هامش ١) .

ويتبين إذن من حكم محكمة النقض - منظوراً إليه في ضوء هذا التعليق - أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستر في العلاقة ما بين الوكيل والموكل . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من بيع جديد يصدر من الوكيل للموكل ويسجل . وقد أيدت محكمة النقض حكمها السابق بحكم آخر (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة عمر ١٢ رقم ١١٨ ص ٧١٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١ - نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧-١-٩١ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ - بيدان ١٢ فقرة ٤١١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٤١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ - فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ .

ويجوز تطبيق قواعد الصورية في التسخير ، فيجوز للغير ، إذا كان لا يعلم بالتسخير وقت التعاقد مع المسخر ثم علم به بعد ذلك ، أن يظن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة ومؤداها . أن المسخر ليس إلا وكيلاً عن الأصيل المستر ، فينصرف أثر العقد إلى هذا الأخير كما في الوكالة النيابية (نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ٢٣٨ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ ص ٧٨١) . كذلك إذا كان الغير يعلم بالتسخير وقصد أن يتعامل مع الموكل ، فقد قدمنا أن أثر العقد ينصرف إلى هذا الأخير (انظر آنفاً فقرة ٣١١) .

أما إذا كان الغير يعلم بالتسخير ولكنه قصد أن يتعامل مع الوكيل المسخر لأمع الموكل ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٣١١ - بيدان ١٢ فقرة ٣٣٨ - ٢ و ٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ - فقرة ٤١٥) .

وهناك آراء تذهب إلى تقريب وكالة المسخر من الوكالة النيابية ، فتقيم علاقة مباشرة بين الغير =

في شراء أرض ، فإن ملكية الأرض تنتقل أولاً من البائع إلى الوكيل المسخر ، ثم تنتقل بعد ذلك من الوكيل المسخر إلى الموكل^(١) . ويجب إذن دفع رسوم نقل الملكية مرتين ، المرة الأولى عند نقلها إلى الوكيل المسخر^(٢) ، والمرة الثانية عند نقلها إلى الموكل^(٣) . كذلك ينشأ الحق في الأخذ بالشفعة مرتين ، المرة الأولى في البيع الذي صدر من البائع للوكيل المسخر ، والمرة الثانية في البيع الذي صدر من الوكيل المسخر للموكل . ويستطيع الموكل أن يجبر الوكيل قضاء بنقل الحقوق إليه ، كما يستطيع الوكيل أن يجبر الموكل قضاء بتحصيل الالتزامات عنه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة^(٤) . ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل إلى الموكل أثر رجعي^(٥) ، فيحترق النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير .

= والموكل ، وتعتبر الموكل هو صاحب الحق المباشر تجاه الغير دون أن يتلق هذا الحق من الوكيل المسخر ، ولكن الوكيل المسخر يبقى كفيلًا للموكل قبل الغير (ليريور بيچونيير فقرة ١٠١ ص ٢٣٢) . ومن هذه الآراء ما يسلم بأن استناد العقد إلى الإرادة يقتضي ألا تقوم علاقة مباشرة ما بين الموكل والغير ، فقد أراد أصحاب الشأن أن تقوم علاقة ما بين الموكل والوكيل وأخرى ما بين الوكيل والغير ، دون أن تندمج العلاقتان إحداها بالأخرى ، أما إذا استند العقد إلى الهدف الاقتصادي المقصود (but économique visé) ، فإن العلاقتين تندجان إحداها في الأخرى ، ويرجع الموكل مباشرة على الغير (انظر في هذا المعنى فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ - ص ٢٤٧) .

(١) فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ - وإذا عقد الوكيل المسخر صلحاً مع الغير ، وعلم هذا الأخير بصفة الوكيل المسخر ، وجب أن يتحقق من أن الوكالة المسترة الصادرة للوكيل تشمل الصلح (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٦٩ سيرييه ٦٩ - ١ - ١٨٤ - ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ١٩٩ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٩٢ - بودري . وقال في الوكالة فقرة ٨٩١ ص ٤٧٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٦٠ .

(٤) وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه لا يوجد ما يمنع الموكل من أن يطالب بدعوى أصلية وكياله المسخر ، الذي صدر حكم لصالحه تنفيذاً لعقد التسخير ، أن ينقل إليه هذا الحكم . ويجوز أيضاً للموكل أن يتدخل في التوزيع ليحل محل الوكيل المسخر ، ولكن يجب أن يدخل الوكيل في الدعوى (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٠) .

(٥) وقد تقدم أنه طبقاً لقضاء محكمة النقض يتم نقل الملكية من الغير إلى الموكل - في العلاقة فيما بين الوكيل والموكل - بمجرد تسجيل التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

وإذا نقل الوكيل الحقوق إلى الموكل ، فالأصل أنه يضمن للموكل تنفيذها ، أى أنه يضمن يسار الغير : لأن المفروض أن الموكل لم يرض بالغير مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط . ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألا يضمن الوكيل للموكل إلا وجود الحق في ذمة الغير طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق^(١) . وإذا تحمل الموكل بالالتزامات بدلاً من الوكيل ، فالأصل أن يبقى الوكيل ضامناً للغير يسار الموكل ، لأن المفروض هنا أيضاً أن الغير لم يرض بالموكل مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط . ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألا يضمن الوكيل للغير إلا يسار الموكل وقت إقرار الغير للحوالة طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين .

(١) أما التقنين المدني الإيطالي الجديد فقد عكس الحكم ، إذ قضت المادة ١٧١٥ من هذا التقنين على ما يأتي : « لا يكون الوكيل الذي يتعاقد باسمه الشخصى مسؤولاً نحو الموكل عن عدم تنفيذ الغير الذي تعاقد معه للالتزامات التي عقدها هذا الأخير ، إلا إذا كان إعسار الغير قائماً أو يجب أن يكون قائماً وقت التعاقد معه ، وهذا كله ما لم يوجد شرط يخالفه » . انظر في التقنين المدني الإيطالي في هذه المسألة فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

الفصل الثالث

انتهاء الوكالة

٣٢٢ — نص قانوني : تنص المادة ٧١٤ من التقنين المدني على ما يأتي :
« تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ،
وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٦٨٠ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٤ . وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٩٤٦ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٨٠٨ — ٨٠٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٢٩/٦٥٠ : ينهي التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وموت أحدهما . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٠٨ : تنتهي الوكالة : أولاً — بانتهاء العمل الذي أعطيت لأجله . ثانياً — بتحقيق شرط الإلغاء أو بحلول الأجل المعين للوكالة . ثالثاً — بعزل الموكل للوكيل . رابعاً — بعدول الوكيل عن الوكالة . خامساً — بوفاة الموكل أو الوكيل . سادساً — بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل يفضي إلى فقدانه الأهلية الشرعية لاستعمال حقوقه ، مثل الحجر وإعلان الإفلاس ، ما لم يكن موضوع الوكالة من الأعمال التي يمكن إتمامها بالرغم من ذلك التغيير . سابعاً — باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيشة الفريقين المتعاقدين .

٣٢٣ - أسباب انتهاء الوكالة : ويتبين من النص سالف الذكر أن الوكالة تنتهى بأسباب مختلفة ، يمكن تقسيمها إلى فئتين :

أولاً - أسباب ترجع إلى القواعد العامة : ومن هذه الأسباب ما تنتهى به الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها ، وهذه هى إتمام العمل محل الوكالة ، وانقضاء الأجل المعين لها . ومنها ما تنتهى به الوكالة قبل التنفيذ ، من ذلك استحالة التنفيذ ، والإفلاس ونقص الأهلية ، والفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .

ثانياً - أسباب خاصة بعقد الوكالة : وهذه ترجع إلى خاصتين من خصائص هذا العقد . أولها أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بموت الوكيل وبموت الموكل . والثانية أن الوكالة عقد غير لازم ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بعزل الوكيل وكذلك بتنحيه عن الوكالة .

٣٢٤ - الأوامر التى تترتب على الوكالة بعد انتهاءها - نص قانونى : وأيا كان السبب الذى تنتهى به الوكالة ، فإن هناك أحكاماً تترتب عليها بعد انتهاءها ، نذكر منها ما يأتى :

أولاً - تنتهى الوكالة بأثر رجعى ، فبقى الآثار التى رتبها وقت أن كانت قائمة ، ولا تزول هذه الآثار بزوالها^(١) . فإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل أو بعزله مثلاً ، فإن التصرفات القانونية التى باشرها الوكيل قبل الموت أو العزل تبقى قائمة منتجة لآثارها وفقاً لقواعد الوكالة^(٢) . ويلتزم الموكل بدفع أجر الوكيل إلى وقت انتهاء الوكالة^(٣) ، ويرد المصروفات التى أنفقها الوكيل وقت

م ٨٠٩ : إن الوكالة المعطاة من شخص معنوى أو شركة تنتهى بزوال هذه الشركة أو ذلك الشخص . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ١٨٨ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٣ وما بعدها - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٢) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٣) ولا يتقاضى الوكيل أجراً بعد ذلك ، حتى لو استمر فى تنفيذ الوكالة (لوران ٢٨ فقرة ٢٨ - جيوار فقرة ١٦٧ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٣) ، وذلك ما لم يكن يجهل انتهاء الوكالة فإنه يبقى وكيلًا ويتقاضى الأجر حتى يعلم بانتهاءها .

أن كانت الوكالة قائمة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١) ، وبتعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة قبل انتهائها ؛ وكذلك يلتزم الوكيل أو ورثته ببذل العناية الواجبة فيما قام بتنفيذه من أعمال الوكالة ، وبتقديم حساب عن هذه الأعمال ، وبرد ما تحت يده للموكل بسبب الوكالة^(٢) .

ثانياً - لا تنتهي الوكالة بمجرد تحقق سبب انتهائها ، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء ، فتنتهي من وقت هذا العلم . وسنرى ، تطبيقاً لذلك ، أن الوكالة لا تنتهي بموت الموكل أو بعزل الوكيل إلا إذا علم الوكيل بالموت أو بالعزل . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أن « تعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، ما دام لا يعلم بانتهائها »^(٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه ، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً للاكتفاء بالقواعد العامة^(٤) . وحتى لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل بعد ذلك باعتباره وكيلاً مع شخص حسن النية توهم استمرار الوكالة بسبب مظهر خارجي لها منسوب للموكل ، فإنه

(١) سواء كانت الوكالة غير مأجورة أو كانت مأجورة (نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٩٠ بانديكت ٩١ - ١ - ٧٩ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٦٤) . ولا يسترد الوكيل المصروفات التي أنفقها في إقامة أجهزة ومعدات لحسابه الخاص ولو أقامها من أجل تنفيذ الوكالة (نقض فرنسي ١٨ يوليو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ - ١ - ٣٣٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٦٤) . ويسترد المصروفات التي أنفقها بعد انتهاء الوكالة إذا استمرت الوكالة تنتج آثارها ، كما إذا كان الوكيل لم يعلم بانتهائها أو كان ملتزماً بأن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف وفقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدني كما سنرى (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٦٥ ص ٤٥٩) .

(٢) ويكون للوكيل حق الحبس حتى يستوفي حقوقه قبل الموكل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٦٦) .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « على أنه مهما كان السبب في انتهاء الوكالة ، فإدام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهي قائمة حتى يعلم ، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) . وقد نصت الفقرة الثالثة من التقنين المدني الليبي في هذا المعنى على ما يأتي : « وتعد صحيحة قبل الموكل أو ورثته الأعمال التي قام بها الوكيل قبل علمه بانتهاء الوكالة » .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ في الهامش ، وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني .

يتخلف عن الوكالة الحقيقية. وكالة ظاهرة تنتج نفس آثار الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية ، وفقاً للقواعد التي سبق تفصيلها في الوكالة الظاهرة^(١) .

ثالثاً — تنص المادة ٧١٧ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ — على أي وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف . ٢ — وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل »^(٢) . والمفروض هنا أن الوكالة لم تنته بإتمام العمل

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٨ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٦ — وص ٢٣٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٢/٦٤٠ : لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق . ويجب عليه إذا انتهى توكيله بأي صورة غير عزله من الموكل عزلاً بتيماً أن يجعل الأعمال التي بدأها في حالة تقيها من الأخطار . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، غير أن التقنين القديم استثنى حالة عزل الوكيل ولم يستثنها التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٧/١ و ٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٩ (تطابق الفقرة الأولى من المادة ٧١٧ مدنى مصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨١٥/٢ : ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه

هذا العدول (عن الوكالة) من العطل والضرر للموكل إذا لم يحم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله — صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨٢٠ : إذا انتهت الوكالة بوفاة الموكل أو بإفلاسه أو بفقدانه الأهلية ، وجب على الوكيل ، إذا كان في التأخر خطر ، أن يتم ما ابتدأ به حسبما تستلزمه الضرورة ، وأن يقوم بكل ما تقتضيه الظروف لمصلحة الموكل إذا لم يكن ثمة وارث ذو أهلية أو ممثل شرعى للموكل أو للوارث — ويحق للوكيل من جهة أخرى أن يسترد ما يكون قد أسلفه أو أنفقته لتنفيذ الوكالة طبقاً للقواعد المختصة بالفضولى .

الموكل فيه أو بانقضاء الأجل ، وإن كان الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة^(١) .
ولذلك يجب على الوكيل ، بالرغم من انتهاء الوكالة بالعزل أو التنحي أو موت
الموكل أو غير ذلك من الأسباب « أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به
مصلحة الموكل . فإذا كان قد بدأ في جني المحصول وبيعه ، وجب عليه أن
يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مضمونة ، دون أن
يكون من الضروري الانتهاء من بيع المحصول بأكمله^(٢) . أما إذا كانت الوكالة
قد انتهت بموت الوكيل ، فعلى الورثة ، الذين توافرت فيهم الأهلية^(٣) وكانوا
يعلمون بالوكالة ، أن يتخذوا هذه التدابير العاجلة ، وعليهم أن يبادروا .

= م ٨٢١ : إذا توفي الوكيل وكان الورثة عالمين بوجود الوكالة ، وجب عليهم أن يبلغوا
بلا إبطاء خبر الوفاة - وعليهم أيضاً أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل .
وأن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه - على أن أحكام هذه المادة لا تسرى على الورثة
القصر ماداموا بلا وصي . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) ونص المادة ٧١٧/١ مدني صريح في وجوب أن يكون الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة
إذ تقول: « يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها » . انظر عكس ذلك بودري وقال في الوكالة
فترة ٨٥٥ - جيوار فقرة ٢٣٤ (والمادة ١٩٩١/٢ مدني فرنسي صريحة في أن الوكيل يتم
ما بدأ عمله ، أما المادة ٢٠١٠ مدني فرنسي فلم يرد فيها شرط أن يكون الوكيل قد بدأ العمل) .
(٢) وفي قضية أعلن المستأنف استئنافه لحصمه بمكتب محاميه الذي كان يدافع عنه أمام
المحكمة الابتدائية ، فرفض كاتب الحامي تسليم الإعلان لانتهاء وكالة الحامي ، فأعلن الاستئناف
لشيخ البلد . ودفع المستأنف عليه بعدم قبول الاستئناف لعدم صحة الإعلان ، فقضت المحكمة برفض
هذا الدفع لأن المادة ٣٦٥ مرافعات (قديم) أجازت إعلان عريضة الاستئناف لنفس الخصم أو
لحله الأصلي أو المختار ، ولأن المادة ٧ أجازت في حالة الامتناع عن التسليم إعلانها لشيخ البلد ،
ولأن عزل الوكيل عن الوكالة لا يسرى على الغير إلا من يوم إعلانه به ، وأخيراً لأن الوكيل
بالرغم من عزله ملزم بالقيام بجميع الأمور المستعجلة التي يخشى فيها على مصلحة موكله (استئناف .
وطى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) .

(٣) فيجب إذن أن يكون الورثة قد توافرت فيهم الأهلية اللازمة للقيام بهذه الأعمال
التحفظية ، فإذا لم تتوافر فيهم هذه الأهلية فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم ويستطيع
أن يقوم عنهم بهذه الأعمال (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٤٠١) .
قارن تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٢١/٢ (آنفاً نفس الفقرة في الهامش) ، وهو لا يجعل
هذا الالتزام يسرى على الورثة القصر « ماداموا بلا وصي » ، فلو كان لهم وصي وجب عليه أن يقوم
عنهم بهذا الالتزام . وانظر في معنى التقنين اللبناني بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٦ . پلانيول .
وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ .

بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره . وهذا هو الحكم أيضاً في ورثة الفضولي»^(١) . ويدخل أيضاً في هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل ، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل ، وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه ، أو النائب عنه في حالة إفلاسه أو نقص أهليته ، أو ورثته أو النائب عنهم في حالة موته^(٢) ، من أن يتولوا بأنفسهم الأعمال التي سبق التوكيل فيها^(٣) . وتعتبر الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل والموكل^(٤) ، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة في القيام بهذه الأعمال^(٥) وبتأدية حساب عنها ، ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر وبرد المصروفات^(٦) وبالتعويض عن الضرر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٨ - والأمر في تقدير الأحوال التي توجب على الوكيل جعل الأعمال التي ابتدأها في حالة تقيا من الأخطار متروكة لمحكمة الموضوع ، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) فإذا لم يستطع ورثة الوكيل أن يثروا على الموكل ، أو لم يتمكنوا من إخطاره بموت مورثهم ، جاز لهم أن يطلبوا من القضاء أن يحل محلهم حارس قضائي (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٥٩ ص ٤٥٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨٩ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٦٦ سيرييه ٦٦ - ١ - ٦٢ - ٣ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٤٠١ (يصح أن يكون الوكيل أو ورثته مسئولين جنائياً عن التبديد) .

(٥) وتختلف هذه العناية الواجبة ، كما هو معروف ، في الوكالة المأجورة عنها في الوكالة غير المأجورة (أكم أمين الحولي فقرة ١٩٧) .

(٦) قارن م ٢/٨٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً نفس الفقرة في الهامش) : حيث تجمل الرجوع بالمصروفات على أساس قواعد الفضالة لا قواعد الوكالة ، على خلاف الفقه والقضاء في فرنسا على ما قدمنا . هذا ويكون التزام ورثة الوكيل أو ورثة الموكل في حدود التركة .

الفرع الأول

انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

§ ١ - انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها

٣٢٥ - إتمام العمل محل الوكالة : تنتهي الوكالة بداهة بإتمام الوكيل العمل الذي وكل فيه^(١) . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كانت الوكالة قد انتهت بإنجاز العمل^(٢) .

وقد يعين المتعاقدان أجلاً يتم فيه الوكيل العمل . ويرجع فى ذلك إلى قصد المتعاقدين ، فإن قصداً أن يتم العمل حتماً فى خلال الأجل المعين ، كما إذا كان الموكل على أهبة السفر وكان الوكيل موكلاً فى شراء شىء هو من حاجيات السفر ، فإذا انقضى الأجل وسافر الموكل دون أن يتم الشراء انتهت الوكالة . ويكون المقصود من تحديد الأجل فى هذه الحالة أن تنتهى الوكالة إما بشراء الشىء المطلوب أو بانقضاء الأجل قبل شرائه . أما إذا لم يقصد المتعاقدان من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقريبي يتم فيه الوكيل عمله ، فإن الوكالة لا تنتهى حتماً بانقضاء الأجل ، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التأخر^(٣) .

وكما تنتهى الوكالة بإتمام العمل ، تنتهى كذلك بعدم النجاح فى العمل . ومتى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه ، فأنتهت بذلك مهمته ، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعي ، ولا مخالفة فيه للقانون^(٤) .

(١) ترولون فقرة ٧٦٠ وفقرة ٧٦٥ وفقرة ٨٢٥ - بون ١ فقرة ١١٥٣ - جوار فقرة ٢٤٦ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٤٨ ص ٤٥١ - بلانيون وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٢) نقض فرنسي ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ١٦٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٨٤٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٤ دالوز فى القضاء العام (D. Jur. Gen.) لفظ Mandat فقرة ٤٢١ - باستيا ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ تحت حكم النقض الفرنسي ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٣٤٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٤) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩ .

٣٢٦ - انقضاء الأجل : والمفروض هنا أن تكون الوكالة في أعمال مستمرة كالتوكيل في الإدارة ، ويحدد المتعاقدان أجلاً تنتهى بانقضائه الوكالة . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة مزرعته أو مصنعه أو متجره لمدة سنة . فقياس الوكالة هنا لا بالأعمال التي تتم ، بل بالمدة التي تنقضى في تنفيذ هذه الأعمال ، وتكون الوكالة في هذه الحالة كالإيجار عقداً زمنياً . ومن ثم تنتهى بانقضاء الأجل المحدد لها^(١) ، وإذا استمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة بعلم الموكل ودون معارضته ، كان هناك تجديد ضمني للوكالة على مثال التجديد الضمني للإيجار .

وقد يكون الأجل المحدد للوكالة أجلاً غير معين (terme incertain) لا يعرف ميعاد حلوله . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة أمواله طول مدة غيابه في سفر بعيد ، فتنتهى الوكالة بعودة الموكل من السفر دون أن يكون ميعاد هذه العودة معروفاً^(٢) . كذلك يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر مدة حياة الموكل أو مدة حياة الوكيل ، والحياة كما هو معروف أجل غير معين^(٣) . وفي هذه الحالة تنتهى الوكالة بموت أي من المتعاقدين ، لأن الموت أجل بالنسبة إلى أحدهما وتنتهى به الوكالة حتماً بالنسبة إلى الآخر ، وكذلك تنتهى بعزل الوكيل^(٤) أو بتناحيه عن الوكالة كما سيجيء .

(١) وإذا باشر الوكيل تصرفاً بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن تجدد تجديداً ضمناً ، فإن أثر هذا التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا في حالة الوكالة الظاهرة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٤٠) . ويكون التاريخ العرفي للتصرف حجة على الموكل ، إذ هو ليس من الغير حتى يستلزم تاريخاً ثابتاً ليكون حجة عليه . ولكن يجوز له أن يثبت بجميع الطرق ، ومنها الميينة والقرائن ، أن التاريخ العرفي قد قدم ليقع قبل انقضاء أجل الوكالة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٤٠ هامش ٣٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين ، فالظاهر استمراره ، ومن ادعى خلاف ذلك عليه الإثبات (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٧ ص ٥٧٢) .

(٢) جيوار فقرة ٢٤٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٨ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٩ .

(٤) محمد على عرفة ص ٤٢٩ .

§ ٢ - انتهاء الوكالة قبل التنفيذ

٣٢٧ - استحالة التنفيذ : تنص المادة ٣٧٣ مدني على أن « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ». وهذا النص يسري على الوكالة كما يسري على غيرها من العقود^(١). فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل، واحترق المنزل بعد التوكيل، فإن التزامات الوكيل تنتهي باستحالة تنفيذها، ومن ثم تنتهي الوكالة^(٢). وإذا وكل شخص شخصاً آخر في إدارة أموال له، ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية يتولى إدارتها حارس قضائي بدلاً من الوكيل، انتهت الوكالة لاستحالة تنفيذ التزامات الوكيل. والاستحالة في المثل الأول استحالة مادية، وهي في المثل الثاني، استحالة قانونية.

٣٢٨ - الإفلاس ونقص الأهلية : وإذا أفلس الموكل أو أفلس الوكيل، فإن الوكالة تنتهي. ذلك أن الموكل المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف في أمواله. وإدارتها بنفسه، فأولى ألا يستطيع ذلك بوكيل، والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله^(٣). والإعسار كالإفلاس

(١) وتنص المادة ٨٠٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن « تنتهي الوكالة . . . سابعا - باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين ».

(٢) ترولون فقرة ٧٥٩ - جيوار فقرة ٢٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤٦.

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٩٢ - جيوار فقرة ٢٤٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤١ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥. ويترتب على ذلك أنه إذا ظهر شخص لآخر سنداً إذنيّاً تظهراً غير مستوف للشروط فاعبر التظهير بمثابة توكيل، ثم أفلس المظهر، لم يستطيع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بإفلاس الموكل. (نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٠٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤١). ولكن لا تنتهي الوكالة بالإفلاس أو الإعسار، إذا كانت جزءاً غير قابل للتجزئة من مجموع تعاقدي لا ينتهي بالإفلاس أو الإعسار، كما إذا أعطى المؤمن له شركة التأمين توكيلاً في أن تتولى الدفاع عنه في القضية التي ترفع بشأن الخطر المؤمن منه، وأفلس المؤمن له، فإن التوكيل يبقى بالرغم من إفلاسه (نقض فرنسي ٣١ يولييه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٠٠ - ٣١ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ٩٥ - جيوار فقرة ٢٤٤ - بون ١ فقرة ١١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤٣ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣).

في ذلك، فإذا شهر إعسار أى من الموكل والوكيل انتهت للوكالة . وإذا أفلس الموكل أو أعسر ، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة كما يجوز ذلك لدائى الموكل ، ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك، كما لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بالإفلاس أو الإعسار^(١) . أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر ، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة ، ولا يجوز ذلك للوكيل^(٢) . وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر ، فإن الوكالة تنتهى بالنسبة إليه وحده ، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة^(٣) .

وإذا طرأ نقص على أهلية الموكل أو على أهلية الوكيل ، كأن حجر على أى منهما ، انتهت الوكالة . فإذا حجر على الموكل فأصبح غير أهل للتصرف القانونى الذى صدر منه التوكيل فيه ، انتهت الوكالة ، لأن الوكيل لا يستطيع مباشرة هذا التصرف ، إذ لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل وهو غير أهل له^(٤) . ومن هنا قررنا أن العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل التصرف فى آن واحد^(٥) . لكن إذا كان الحجر على الموكل ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فيه ، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناً له فى إدارة أمواله ، فإن الوكالة لا تنتهى ويبقى الوكيل ملزماً بالمضى فى تنفيذ الوكالة^(٦) . أما إذا حجر على الوكيل ، فإنه يصبح غير أهل للالتزامات

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٩١ - جيوار فقرة ٢٤٤ - بون ١ فقرة ١١٤٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٤٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ - فلا يجوز للوكيل أن يتمسك ببطان التصرف الذى باشره وهو مفلس .

(٣) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٤) ولا تنتهى الوكالة إلا إذا علم الوكيل بالحجر على الموكل . وقد لا تنتهى الوكالة بالرغم من الحجر على الموكل ، إذا اعتمد القيم الوكالة وطلب من الوكيل الاستمرار فى مهمته (پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٦) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤ - أما إذا أصيب الموكل بجنون أو عته دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة لا تنتهى إذا لم يعلم الوكيل بذلك (بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٤٠ : ويذهب إلى أن الوكالة لا تنتهى حتى لو كان الجنون أو العته أمراً بيناً) .

الناشئة عن الوكالة^(١)، حتى لو بقي أهلاً لمباشرة التصرف الموكل فيه ، ومن ثم تنتهى الوكالة^(٢) .

٣٢٩ — الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ : ويجوز إنهاء الوكالة عن طريق طلب فسخها إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، وذلك طبقاً للقواعد العامة^(٣) ، فيجوز للوكيل طلب فسخ الوكالة ، ويلجأ إلى طلب الفسخ في الأحوال التي لا يجوز له فيها التنحي عن الوكالة كما سيجيء ، أو إذا أراد أن يطالب الموكل بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد أن يتوقى هو رجوع الموكل عليه بالتعويض . كذلك يجوز للموكل طلب فسخ الوكالة لإخلال الوكيل بالتزاماته ، وذلك أيضاً في الأحوال التي لا يجوز له فيها عزل الوكيل ، أو إذا أراد مطالبته بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد توقى رجوع الوكيل عليه بالتعويض^(٤) ، وتنفسخ الوكالة إذا علق على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، وذلك طبقاً للقواعد العامة . فتتفسخ الوكالة بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لأى إجراء آخر ، ومن ثم لا يحتاج انفساخها إلى إرادة الوكيل كما في التنحي ، أو إلى إرادة الموكل كما في الغزل .

(١) محمد على عرفة ص ٤٢٨ .

(٢) وإذا أصيب الوكيل بالجنون أو العته دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة تنتهى كذلك . لانعدام التمييز عند الوكيل ، وهذا ما لم يكن الغير الذى تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بجنون الوكيل أو عته ، وذلك تطبيقاً لقواعد الوكالة الظاهرة (إكس ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ١٥٦ - جيوار فقرة ٢٤٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٣) . انظر مع ذلك بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٠ ، ويذهب إلى أن جنون الوكيل أو عته دون الحجر عليه لا ينهى الوكالة حتى لو كان الغير الذى يتعاقد معه يعلم بهذا الجنون أو العته لأنه لا تشترط الأهلية في الوكيل ، ولكن إذا استغل الغير جنون الوكيل أو عته في تعاقد معه فإنه لا يستطيع أن يحتج على الموكل بهذا التعاقد . وانظر أيضاً في هذا المعنى الأخير محمد على عرفة ص ٤٢٨ .

(٣) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ : دالوز ٩٠ - ١ - ٢٩٥ - أوبرى ورو إسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧ .

(٤) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

الفرع الثاني

انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها

§ ١ - أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي.

٣٣٠ - موت الوكيل : تنهى الوكالة بموت الوكيل ، لأن الموكل قد اختاره وكيلاً لاعتبار شخصي فيه ، فلا تحل ورثته محله بعد موته ، وإذا كان الوكيل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة بحله ولو كان هذا الحل اختياريًا ، لأن الحل بالنسبة إلى الشخص المعنوي هو بمثابة الموت بالنسبة إلى الشخص الطبيعي^(١). وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم ، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم إذا كان الباقيون يملكون أن يستعملوا بتنفيذ الوكالة^(٢). أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين طبقاً لأحكام المادة ٢/٧٠٧ مدني^(٣) ، فإن موت أحدهم ينهي الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً^(٤) .

ولا تنهى الوكالة بمجرد موت الوكيل ، بل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٢/٧١٧ مدني) . وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، وقد تقدم بيان ذلك^(٥) .

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤ .

(٢) جيوار فقرة ٢٤٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

(٤) جيوار فقرة ٢٤٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ - لوران ٢٨ فقرة ٨٥ - جيوار فقرة ٢٣٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٦ (ويذهب إلى أن الورثة إذا كانوا قصر اتولى الوصي عنهم القيام باتخاذ التدابير اللازمة لحفظ مصالح الموكل - وانظر أيضاً في هذا المعنى پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ ، والمادة ٢/٨٢١ من تقنين الموجبات والعقود البنائي - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثاً في الهامش) .

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم^(١) ، فتبقى الوكالة حتى بعد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة في حدود التركة . وأكثر ما يطبق هذا الحكم إذا كان الوكيل محترفاً أو كان شخصاً معنوياً ، فيتفق مع الموكل على أن تنتقل الوكالة إلى من يخلفه^(٢) .

ويقضى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن وكالة المحامي تنتهي بموته أو شطب اسمه أو وقفه أو الحجر عليه أو استحالة قيامه بوكالته ، وفي هذه الحالة يحل محله مؤقتاً محام آخر ينتدبه مجلس النقابة ، إلى أن يتمكن الموكل من اختيار محام آخر . وقد نصت المادة ٣٩ من هذا القانون في هذا المعنى على أنه « في حالة وفاة المحامي أو شطب اسمه أو وقفه أو الحجر عليه أو استحالة قيامه بوكالته يندب مجلس النقابة محامياً يحل محله مؤقتاً حتى يقوم موكله باختيار وكيل آخر ، ويقوم قرار مجلس النقابة مقام التوكيل الصادر من صاحب الشأن » .

٣٣١ - موت الموكل : وتنتهي الوكالة أيضاً بموت الموكل ، سواء كانت الوكالة غير مأجورة فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص موكله في هذا التبرع ، أو كانت مأجورة حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تغير موكله^(٣) . وإذا كان الموكل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة

(١) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - ويجوز أن يكون الاتفاق صريحاً أو ضمنياً : بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٠ - كولان وكابيتان ودی لامورانديير ٢ فقرة ١٣٧٠ .

(٢) نقض فرنسي ٨ و ٩ يولييه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧ - ١ - ١٣٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٨٥ - ٨ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٨٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كما تنتهى (الوكالة) بموت الموكل أو الوكيل ، لأن لشخصية كل متعاقد اعتباراً في نظر الآخر ، فلا تحل الورثة محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته إلا في حدود ضيقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٤) - قرب بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٢ . وفي مذهب القائلين بأن الوكيل إنما يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو ، يترتب انتهاء الوكالة بموت الموكل على أن إرادة الوكيل قد زالت بموته ، فلا يستطيع الوكيل أن يعبر عن إرادة قد زالت (انظر جيوار فقرة ٢٣٠) . ويمكن القول أيضاً بأن ورثة الموكل قد لا يثقون بالوكيل ثقة مورثهم به (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨٢) . -

تجمله ولو كان هذا الحل اختيارياً^(١) كما هو الحكم في الوكيل فيما قدمنا^(٢) ،
غير أن الوكالة تبقى هنا المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية
تبقى للشركة في حدود أغراض التصفية^(٣) . وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم ،
لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم^(٤) ، وهذا ما لم تكن الوكالة غير
قابلة للتجزئة فتنتهي بالنسبة إلى الموكلين جميعاً^(٥) .

ومن تطبيقات المبدأ القاضى بأن الوكالة تنتهى بموت الموكل أنه في الوكالة بالخصوص إذا مات
الموكل ، وجب على ورثته أن يحددوا توكيل المحامى ليكون وكيلاً عنهم ، لأن وكالته عن مورثهم
قد انتهت بموت هذا الأخير (مجلس الدولة الفرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ سيرييه ١٩٠٣ -
٣ - ٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٢) . وقد يستخلص تجديد التوكيل من بقاء المحامى
بإشرا الدعوى باعتباره وكيلاً عن الورثة ، وقد قضت محكمة النقض بأذه إذا كان الوكيل قد ظل بعد
وفاة موكله بإشرا الدعوى التى وكل فيها باعتباره وكيلاً عن ورثته ، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يجادل
في صفة الوكالة مدعياً أنها انقضت بوفاة الموكل (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣
رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) . وكذلك إذا ظهر شخص لآخر سداً إذنياً تظهيراً غير مستوف للشروط
دفاعاً التظهير بمثابة التوكيل ، ثم مات المظهر ، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل
بموت الموكل (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٣ - وقد قدمنا مثل ذلك في انتهاء التوكيل بإفلاس الموكل : انظر آنفاً فقرة ٣٢٨
في الهامش) .

(١) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللو ٩٢ - ٢ - ٤٤١ - ترولون فقرة
٧٤١ - جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٤ -
أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٤٣٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤
ص ٩٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٠ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللو ٩٢ - ١ - ٤٤١ - بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ . وهذا بعكس
ما إذا كانت الشركة هي الوكيله ثم حلت ، فإن الوكالة تنتهى بحلها ولا تبقى مدة التصفية ، لأن الشركة
بعد تصفيتها لا تستطيع مباشرة أعمال الوكالة إذ هي لا تدخل في أعمال التصفية (بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤) . ولكن على المصنف أن يتخذ التدابير الضرورية لصيانة مصالح
الموكل ، كما تفعل ورثة الشخص الطبيعي إذا كان وكيلاً ومات (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦
ص ٢٣٩ هامش ٢٣) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥
ص ٤٤٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٥) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة
١٤٩٤ ص ٩٤١ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٤ .

ولاتنتهى الوكالة بمجرد موت الموكل ، بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل^(١) . فإذا لم يعلم به وتعاقد مع الغير ، وكان هذا أيضاً حسن النية ، اعتبرت الوكالة قائمة ، وانصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل ، حقاً كان أو التزاماً ، إلى ورثة الموكل ، لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية^(٢) . وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل ، فإنه يجب عليه أن يصل.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الأعمال التى يجرىها الوكيل بعد وفاة الموكل ، بدون أن يعلم بوفاة ، تكون صحيحة وقانونية ، وبأن أعمال المرافعات التى يجرىها الوكيل (المحامى) بعد وفاة موكله وبدون علمه بحصول الوفاة تكون صحيحة (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥) . أما إذا علم الوكيل (المحامى) بموت الموكل ، فإنه لا يجوز له أن يستمر فى إجراءات الدعوى ولا أن يرفع استئنافاً دون أن يدخل الورثة محل الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٠) .

(٢) انظر م ١٠٧ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى - لوران ٢٨ فقرة ٨١ - جيوار فقرة ٢٣٦ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ ص ٤٤٥ - وإذا توفى أحد الأخصام قبل تقديم الأموال والطلبات الختامية ، وقدمها وكيله دون علم منه بوفاة موكله ، كان ذلك صحيحاً (بنى سويى استئناف ٢٦ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٢ ص ٣٤٤) ، وكذلك تكون الإجراءات التى يتخذها الوكيل صحيحة (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣) . وعبء إثبات علم الوكيل أو الغير بموت الموكل يقع على الورثة إذا أرادوا ألا ينصرف أثر العقد إليهم ، سواء كان توقيع الوكيل للعقد يوم وفاة الموكل أو بعد ذلك (نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٤ - محمد على عرفة ص ٤٢٥) . انظر عكس ذلك جمال مرسى بدر فى دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ص ١١١ - ص ١١٢ . ويرى أن على الوكيل والغير أن يثبتا حسن نيتهما ، ويحتج فى ذلك بحكم محكمة النقض جاء فيه ما يأتى : « القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بانقضاء الوكالة . ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته ، أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج بتصرف أجراه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة ، وعلى الغير الذى يبنى الاحتجاج بهذا التصرف - إن شاء - التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تثبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون . وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة ، فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به » (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٣٨٩ ص ٩٠٨) . والحكم صريح فى أن الغير يجب أن يتمسك بحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز له التحدى بحسن النية لأول مرة أمام محكمة النقض . ولكن يبقى أنه إذا تمسك الغير فعلاً بحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فهل كان يلتزم عليه عبء إثبات ذلك ؟ لا نرى أن حكم محكمة النقض واضح فى هذا المعنى .

بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا الغرض (١) ، وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وانتهاء الوكالة بموت الموكل ، كانتهاؤها بموت الوكيل ، لا يعتبر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم (٣) ، فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة . كذلك لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في قبض ثمن البيع ودفع الثمن سداداً للدين في ذمة الموكل للوكيل أو للغير (٤) ، إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل في هذا القرض لقات على الوكيل أو على الغير مصلحة في استيفاء الدين (٥) . ولا تنتهي الوكالة أخيراً بموت الموكل ، بل هي تبدأ عند موته ، إذا كان من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في نشر وثائق معينة بعد موته ، أو في إقامة نصب تذكاري له ، أو في سداد دين عليه من تركته ، أو في إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين ، وتتخذ الوكالة في هذه القروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها (٦) . وتنص المادة ٨١٨ من تقنين

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٤١ - ص ٩٤٢ - أما فينا جاوز ذلك فالوكالة تعتبر منتهية (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٥٠ .

(٤) كذلك لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت مهمة الوكيل لنحصر في تحصيل مبلغ مستحق الأداء على مدين ذلك الموكل ، فإن الوكالة تبقى قائمة إلى النهاية . وقد قضى بأن المحضر موكل من قبل الدائن لتحصيل قيمة الإيجار المستحق على المستأنف ، ولعدم قيام المدين بالدفع أوقع الحجز ، فوكالته صحيحة ولم تنته بموت الموكل (بنى سوييف استئنافي ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ - وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٥) .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٠ - ١ - ٧٢١ - ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٤ - ١ - ١٥٤ - ترولون فقرة ٧١٨ - جيوار فقرة ٢٣٣ - بون ١ فقرة ١١٤٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٧ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ - محمد علي عرفة ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٦) ترولون فقرة ٧٢٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٩٤٩ ص ٩٤١ - دي پاچ ٥ فقرة ٤٦٣ .

الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على ما يأتي : « إن موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلي ووكالة وكيله ، فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولاً — متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث : ثانياً — متى كان موضوع الوكالة يراد إتمامه بعد وفاة الموكل بحيث يصبح الوكيل عندئذ في مقام منفذ الوصية » .

§ ٢ — أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم

٣٣٢ — عزل الوكيل من الوكالة — نص قانوني : تنص المادة ٧١٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أويقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول » .

« ٢ — على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي ، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أويقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه » (١) .

— ولا تعد الوكالة من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل إذا حدد لتنفيذها أجل وقبل حلول الأجل مات الموكل ، فإن الوكالة في هذه الحالة تنتهي بموته (انظر في هذا المعنى بردرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٨ ص ٤٤٨ — وانظر عكس ذلك وأن الوكالة لا تنتهي بموت الموكل : أنجييه ١٤ فبراير سنة ١٨٩٤ جازيت دي پاليه ٩٤ — ١ — ٤٨٨) .

وتبقى الوكالة بعد موت الموكل إذا ارتبطت بعقد آخر ارتباطاً لا يقبل التجزئة وبقي هذا العقد قائماً بعد موت الموكل (نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ — ١ — ٤٤٨ — ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ — ١ — ١٦٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ — ١ — ١٧٥ — ١٠ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ — ١ — ١١٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ — كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٠ — ص ٢٣٢) .

ـ ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠ ، وكانت تجرى بما يأتي : « ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما » .
(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٧ : ١ - الموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته ،

والوكيل أن يعزل نفسه . ولا عبءة بأي اتفاق يخالف ذلك . لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير ، فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضا هذا الغير .

٢ - ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثاني .

٣ - وإذا كانت الوكالة بأجرة ، فإن من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .
(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨١٠ : الموكل أن يعزل الوكيل متى شاء - وكل نص

مخالف لا يعمل به ، سواء أكان بالنظر إلى الفريقين المتعاقدين أم بالنظر إلى الغير . واشترط الأجر لا يمنع الموكل من استعمال هذا الحق - غير أنه إذا كانت الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل أو شخص آخر ، فلا يحق للموكل أن يرجع عن الوكالة إلا برضا الفريق الذي انعقدت لأجله .
م ٨١١ : يجوز أن يكون العزل صريحاً أو ضمناً - وإذا جرى العزل بكتاب أو برقية ، فلا ينعقد إلا من تاريخ استلام الوكيل بلاغ عزله .

م ٨١٢ : إذا كانت الوكالة من قبل عدة أشخاص في قضية واحدة ، فلا يجوز العزل إلا باتفاق جميع الموكليين . أما إذا كانت القضية قابلة للتجزئة ، فإن العزل الصادر عن أحد الموكليين يزيل الوكالة بالجزء المختص بهذا الموكل وحده . أما في شركات التضامن وسائر الشركات ، فيحق لكل شريك يملك حق التوكيل باسم الشركة أن يرجع عن الوكالة .

م ٨١٣ : إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً في حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله - على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله .

م ٨١٤ : عندما يوجب القانون صيغة معينة لإنشاء الوكالة ، يجب استعمال الصيغة نفسها للرجوع عنها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأصلي أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولاً - متى كان وكيل الوكيل معيناً بترخيص من الموكل . ثانياً - متى كان الوكيل الأصلي ذا سلطة مطلقة في التصرف أو كان له الحق في التوكيل .

م ٨٢٢ : إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة في وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق . أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما القاضي بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى .
(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، ويشترط التقنين اللبناني ، عندما يوجب القانون شكلاً خاصاً لانقضاء الوكالة ، نفس الشكل في الرجوع عنها) .

ويخلص من هذا النص أن للموكل أن يعزل الوكيل في أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة ، فتنهى الوكالة بعزل الوكيل . ويمكن تعليل ذلك بأن الوكالة هى فى الأصل لمصلحة الموكل ، ولذلك لم يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة فى صالحه هو أو فى صالح الغير إلا برضاء من كانت الوكالة فى صالحه كما سيجىء ، فإذا رأى الموكل أن مصلحته فى الوكالة لم تعد قائمة كان له أن ينهى الوكالة بعزل الوكيل^(١) . وكما للموكل أن يعزل الوكيل ، كذلك اه من باب أولى أن يقيد من وكالته ، كأن يوكاه فى البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، ويكون هذا عزلاً جزئياً من الوكالة .

وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل وجهة إلى الوكيل ، فتسرى فى شأنها القواعد العامة . ولما كان القانون لم ينص على أن تكون فى شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى ، وقد يكون هذا التعبير صريحاً كما قد يكون ضمناً^(٢) . ومن أمثلة العزل الضمنى للوكيل أن يعين الموكل وكيلاً آخر لنفس العمل الذى فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثانى مع التوكيل الأول ، فيعتبر صدور التوكيل الثانى عزلاً ضمناً للوكيل الأول^(٣) . ويبقى صدور التوكيل الثانى عزلاً ضمناً للوكيل الأول حتى لو كان هذا التوكيل الثانى باطلاً ، أو كان قد سقط بعدم قبول الوكيل

(١) بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان عزل الموكل للوكيل قد يحصل ضمناً ، إلا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعاً ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتماً ، وقد يكون العزل جزئياً إذا أقيم الوكيل الجديد لجزء من العمل فقط (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٢٦ ص ٧٤٢) . وقضت أيضاً بأن حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة إذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لاشك فيها ، لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بالشهود والقرائن . فإذا ثبت قطعاً من شهادة الشهود الطرفين أن الموكل الذى وكل وكيلاً لإدارة أطيانه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيانه وأجرها بنفسه وحصل أجرها بنفسه ، يعتبر هذا عزلاً ضمناً كافياً لإعفاء الموكل من موجبات وكالته بعد تلك المدة ، وخصوصاً إذا تعزز ذلك بإيصالات مكتوبة أعطيت من الموكل لبعض المستأجرين (استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٢ رقم ١٢٦ ص ٣٧٠) .

(٣) انظر المادة ٢٠٠٦ مدنى فرنسى - نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ - ١ - ٤٩٣ - جيوار فقرة ٢١٩ - بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٨٢٣ وقارن فقرة ٨٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ .

الثاني إياه ، ذلك لأن مجرد توجه إرادة الموكل إلى توكيل شخص آخر لنفس العمل يفيد حتماً عزل الوكيل الأول^(١) . ويعتبر كذلك عـ لا ضمناً للوكيل أن يقوم الموكل بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة^(٢) . وسواء كان العزل صريحاً أو ضمناً ، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل ، طبقاً للقواعد العامة^(٣) . وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالته قائمة . فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر التعاقد إلى الموكل . وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية ، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضاً إلى الموكل ، ولكن لا بموجب وكالة حقيقية كما في الحالة الأولى ، بل طبقاً لقواعد الوكالة الظاهرة^(٤) . ومن ثم يتعين على الموكل ، حتى يكون بمأمن من ذلك ، أن يعلن الغير الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير^(٥) .

(١) ترولون فقرة ٧٨٨ - لوران ٢٨ فقرة ١٠٢ - جيوار فقرة ٢١٩ - بون ١ فقرة ١١٦١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧ وهامش ١٢ و ١٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ سيرييه ١٩١٤ - ١ - ١٧٩ - باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٦٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٤ ص ٤٤٠ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٤ .

(٣) وتصرف الوكيل قبل العلم بالعزل ينفذ في حق الموكل (استثناء مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) . أما بعد أن يعلم الوكيل ، فإنه لا يجوز له أن يمتنع في أعمال الوكالة ، فإن فعل كان هو المستول ، ولا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل (استثناء مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٢) . ويكتفي لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر ، ولو كان هذا الإعلان باطلاً من ناحية الشكل ، إذ لا يشترط شكل مخصوص في العزل كما قدمنا (استثناء مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) . وإذا عزل الموكل الوكيل عزلاً صريحاً وعزلاً ضمناً ، فإن قاضي الموضوع هو الذي يبت أي العزلين هو الأسبق ، ومن ثم يعين من أي وقت انعزل الوكيل (نقض فرنسي ٢٤ يوقيه سنة ١٩٠٥ سيرييه ١٩٠٦ - ١ - ٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧) . ولا يكون للعزل أثر رجعي ، فإذا كانت الوكالة بأجر ولمدة معينة ، استحق الوكيل الأجر عن المدة التي سبقت العزل (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧٤) .

(٤) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٤ - ويجب على كل حال أن يتخذ الوكيل ، بعد علمه بالعزل ، الإجراءات اللازمة لحفظ مصالح الموكل حتى يتمكن هذا الأخير من صيانة مصالحه بنفسه (م ٧١٧ مدني وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثاً) .

(٥) پلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٤٧ - كولان وكايتتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٩ ص ٨٧٥ - چوسران ٢ فقرة ١٤٢٢ ص ٧٧٤ - وقد قضى بأن النشر في الجرائد =

وإذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل ، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل ، وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين^(١) . أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة ، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل ، ولا بد من اتفاق جميع الموكلين على عزله حتى ينعزل^(٢) .

وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلا حتى يتم العمل الموكول إليه ، ويستطيع الموكل بالرغم من هذا الشرط عزله قبل أن يتم العمل . والنص صريح في هذا المعنى ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى كما رأينا : « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »^(٣) . وكما لا يجوز للوكيل أن يشترط عدم قابليته للعزل ، كذلك لا يجوز له أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله .

= عن عزل الوكيل لا يحتاج به على من تعامل مع ذلك الوكيل ، لأن نشر الإعلانات للأشخاص بطريق النشر بواسطة الجرائد مرخص فى مواضع معلومة مذكورة فى القوانين ، وليس هذا النشر من المطلوب قانوناً على العموم بالنسبة إلى الوكالة (استئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق . ٢٦ ص ٤٩) . ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبيئة وبالقرائن (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) .

(١) فإذا وكل دائنون متعددون وكيلا واحداً فى اتخاذ الإجراءات ضد مدينهم المفلس ، وعزل أحد الدائنين الوكيل ، انزل بالنسبة إلى هذا الدائن ، وبقيت وكالته قائمة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين (ترولون فقرة ١١٩ - جيوار فقرة ٢٢١ - بون ١ فقرة ٧١٩ - بودرى ، وقال فى الوكالة فقرة ٨٢٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٨٦٨ سيرييه ٦٨ - ١ - ١٧٢ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٢١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ . ص ٩٣٨ .

(٣) ومع ذلك انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى . حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام فيجوز الاتفاق على عدم قابلية الوكيل للعزل : نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٨ - ١ - ١٣٤ - ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣١٠ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨١٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٦ .

الموكل ، فإن في هذا تقييداً لحرية الموكل في عزل الوكيل ، وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة^(١) .

على أن القانون نفسه قيد حق الموكل في عزل الوكيل في حالتين^(٢) :
 (الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يملك عزل الوكيل بالرغم من ذلك ، ولكن لما كان للوكيل مصلحة في الأجر فقد أوجب القانون أن يكون عزل الوكيل لعذر مقبول وفي وقت مناسب . فإذا عزل الموكل الوكيل بغير عذر مقبول ، أوفى وقت غير مناسب ، كان العزل صحيحاً وانعزل الوكيل عن الوكالة^(٣) ، ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا العزل ، كأن يقضى له بالأجر كله أو بعضه بحسب تقدير القاضي للضرر الذي لحق الوكيل ، لأن العزل في هذه الحالة ينطوي على تعسف يستوجب التعويض^(٤) . والوكيل هو الذي يحل عبء إثبات أن عزله

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٩ ص ٤٣٨ - وترب نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ - ١ - ٣١٣ - ٢ يولييه سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ - ١ - ٤٢١ - وقارن أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ - ص ٢٢٧ .

(٢) ولكن يجوز ، في هاتين الحالتين ، فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥ - ١١ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٩٧ - جيوار فقرة ٢١٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١١ - وقرب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩) . ويجوز أيضاً ، في غير هاتين الحالتين ، إذا عزل الموكل الوكيل على وجه يسيء إلى سمعته ، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة ، أن يرجع الوكيل على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر أدب (أكتم أمين الحلوى فقرة ١٩٦ ص ٢٤٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٢ - ١٣ يولييه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٧ - ١١ يولييه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١ - نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٣٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٦٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - دي پاچ ٥ فقرة ٤٦٧ - جوسران ٢ فقرة ١٤٢٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ . نقض فرنسي ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ٤٧٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ - ١ - ٥٠٨ - ١٨ يولييه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ - ١ - ٣٣٧ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٦٨ - ٤ يولييه سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣٦٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز =

كان في وقت غير مناسب أو كان بغير عذر مقبول ، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضاً عن عزله (١) ، فإذا طالب بتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانوني الذي يستحق من أجله التعويض .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي ، فإنه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (م ٧١٥ / ٢ مدني) . وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة في أن عزل الوكيل هنا لا يكون صحيحاً ولا ينزل الوكيل ، بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه للموكل (٢) ، في حين أن العزل في الحالة الأولى يكون صحيحاً كما رأينا ويقتصر الوكيل على تقاضى تعويض من الموكل (٣) .

— الأسبوعى ١٩٣٥ - ٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ - ٢ - ٢٦٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٢٤ - باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٦١٧ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٩ - چوسران ٢ فقرة ١٤٢٤ .
وإذا وكل شخص آخر في بيع عقار له دون أن يفرد بالوكالة ، ثم واثته فرصة لبيع العقار بنفسه أو بواسطة وكيل آخر ، فلا يعتبر تصرفه هذا عزلاً للوكيل الأول في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، ومن ثم لا يستحق الوكيل الأول أى تعويض (باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٦٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ هامش ٦) .
هذا ويجوز الاتفاق على أن للموكل عزل الوكيل في أى وقت وبدون إبداء أى سبب وذلك دون أن يكون الموكل مسئولاً عن أى تعويض ، ويكون هذا اتفاقاً على الإعفاء من مسئولية عقدية وهو جائز (نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٤٠٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٣٣٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - محمد على عرفة ص ٤١٧ - وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٩ - ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ - ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ - ١ - ٣٠٩ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ - ١ - ٦٩ - ١١ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ - انظر عكس ذلك وأن الوكيل ينزل في الحالتين ويرجع بالتعويض على الموكل : أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧١ .

ومثل أن تكون الوكالة في صالح الوكيل أن يوكل الشركاء في الشيوع شريكاً منهم في إدارة المال الشائع ، فهذه وكالة ليست فحسب في صالح الموكلين بل هي أيضاً في صالح الوكيل^(١) . كذلك إذا وكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه ، فإن الوكالة تكون في هذا الفرض في صالح الوكيل وهو شركة التأمين^(٢) . ومثل أن تكون الوكالة في صالح الغير أن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن ، فهذه وكالة في صالح الغير وهو الدائن^(٣) . ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والغير^(٤) ، كأن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفي

(١) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٧٥ .
(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ - واحتكار الوكالة أو شرط القصر (exclusivité) (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ في الهامش) يجعل الوكالة في صالح الوكيل ، فلا يجوز عزله في المدة المحددة للاحتكار إلا برضاه (انظر عكس ذلك وأن شرط القصر باطل إذ يجوز عزل الوكيل في أي وقت : أكم أمين الخولي فقرة ١٩٦ ص ٢٤٧ هامش ١) - وإذا وكل الموكل الوكيل في وفاء دين لتخليص عين شائعة بينهما من الرهن ، كانت الوكالة في مصلحة الوكيل إذ هو شريك في العين الشائعة التي تتخلص من الرهن بوفاء الدين (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) . وتكون الوكالة في مصلحة الوكيل كذلك إذا وكل في إدارة مال للموكل لاستيفاء دين له من غلة هذا المال (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٨ ص ٣٥٨) - انظر أمثلة أخرى لوكالة في صالح الوكيل فلا يجوز عزله إلا برضاه : استئناف وطني ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٣ ص ٥٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٢ ص ٩٠ - ٢٤ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٢٩ ص ٣٠٥ - مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ - استئناف مصر ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ - استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٣ - وكون الوكيل مأجوراً لا يكتفى وحده لتكون للوكيل مصلحة تمنع من عزله ، وقد رأينا أن الوكيل المأجور يجوز عزله (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٣) نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ١١٦ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - جيوار فقرة ٢١٦ - بون ١ فقرة ١١٥٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ - أوبري ورواسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ .
(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ .

الوكيل من ثمنه ديناً له في ذمة الموكل وأن يوفي ديناً آخر في ذمة الموكل للغير (١).

٣٣٣ — تنهى الوكيل عن الوطأة — نص قانوني : تنص المادة ٧١٦

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جزاء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » .

« ٢ — غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك ، على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه » (٢) .

(١) انظر في عدم جواز عزل الوكيل بغير رضائه في وكالة قصد بها وفاء دين للوكيل : نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥ . وانظر في عدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة جزءاً لا يتجزأ من عقد آخر لا يجوز الرجوع فيه فتكون الوكالة كذلك لا رجوع فيها : بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والوكالة عقد غير لازم ، فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة ، وله من باب أولى أن يقيد وكالته . . . وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيدان : (أ) إذا كانت الوكالة بأجر ، وعزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، وأصابه ضرر من ذلك ، فإنه يرجع بالتعويض على الموكل ، لأن في العزل تعسفاً يستوجب التعويض . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي ، كما إذا كان أحد منهما دائماً للموكل ورخص له في استيفاء حقه مما يقع في يد الوكيل من مال الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضا من كانت الوكالة في صالحه ، الوكيل أو الأجنبي » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٤ ص ٢٣٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم : م ٦٥٠/٥٢٩ : ينهى التوكيل بالعزل ويأتمم العمل الموكل فيه ويعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما .

م ٦٤٠/٥٢٢ : لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق . . .

(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويخلص من هذا النص أنه يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أى وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه ، فتنتهى الوكالة بتنحى الوكيل ، كما رأيناها تنتهى بعزله . ويعيل ذلك بأن الوكيل ، حتى لو كان مأجوراً ، إنما يقصد أن يسدى خدمة للموكل ، وعقد الوكالة بخلاف عقد المقاولة ليس من عقود المضاربة ، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لحله متناسباً مع الخدمة التى أداها . فأجاز القانون للوكيل أن يتنحى في أى وقت عن الوكالة إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسداء الخدمة للموكل ، وقيد حق التنحى هذا كما سنرى لمصلحة الموكل فيما إذا كان الوكيل يتقاضى أجراً ، ولمصلحة الغير فيما إذا كانت الوكالة قد صدرت لصالحه (١) .

وتنحى الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر منه . ولم ينص القانون على

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٤٧ : الموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته . وللوكيل

أن يعزل نفسه ، ولا عبرة بأى اتفاق يخالف ذلك . .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٨٢٥ : لا يجوز للوكيل أن يعدل عن الوكالة إلا إذا

أبلغ عدوله إلى الموكل - ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول من العطل والضرر للموكل ، إذا لم يتم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨١٦ : لا يجوز للوكيل أن يعدل عن وكالته إذا كانت منعقدة فى مصلحة شخص ثالث إلا فى حالة المرض أو مانع آخر مشروع - ويلزم الوكيل فى الحالة المذكورة أن ينبه الشخص الذى أعطيت الوكالة فى مصلحته ، وأن يمنحه مهلة كافية ليقوم بما تقتضيه الظروف .

م ٨٢٢ : إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة فى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعمال هذا الحق . أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما القاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) قرب بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٢٧ - ويضاف إلى ذلك أن إجبار الوكيل على المضى فى الوكالة بالرغم من تنحيه لا يخلو من ضرر يعود على الموكل نفسه (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧٩) ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن الوكيل لا يجبر على المضى فى الوكالة وإنما يكون ملزماً بالتعويض .

أن تكون في شكل خاص . فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التنحي يكفي ، وكما يكون التنحي صريحاً يصبح كذلك أن يكون ضمناً^(١) . وسواء كان صريحاً أو ضمناً ، فإنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل ، ولهذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني فيما رأينا : « ويتم التنازل بإعلانه للموكل » : فقبل إعلان التنحي تبقى الوكالة قائمة ، ويكون الوكيل ملزماً بالمضي في تنفيذ الوكالة . أما بعد إعلان التنحي فإن الوكالة تنتهي ، ولكن الوكيل يكون مع ذلك ملزماً بأن يصل بأعمال الوكالة التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف^(٢) تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدني ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) . وإذا استمر الوكيل ، بعد أن أعان تنحيه ، في أعمال الوكالة وتعامل باسم الموكل مع شخص حسن النية ، فإن أحكام الوكالة الظاهرة هي التي تسري وقد مر تفصيلها . وإذا تعدد الموكلون وكانت الوكالة قابلة للتجزئة ، جاز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون بعض . أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة إلا بالنسبة إلى جميع الموكلين .

وجواز تنحي الوكيل ، كجواز عزله ، قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل البقاء في الوكالة حتى يتم العمل الموكل إليه ، حتى لو كانت الوكالة مأجورة ، والنص صريح في هذا المعنى ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني كما رأينا : « يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »^(٤) . ويكون أيضاً باطلاً لمخالفته للنظام العام اشتراط

(١) جيوار فقرة ٢٢٨ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٢٨ - پلانيول وريبير وسافاتيه ١١ فقرة ١٤٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثاً .

(٤) انظر عكس ذلك في القانون الفرنسي حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تنحي الوكيل عن الوكالة : بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٢٩ - وفي هذه الحالة لا يجبر الوكيل على العمل ، وإنما يكون مسئولاً عن التعويض (نقض فرنسي ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٥٣ - پلانيول وريبير وسافاتيه ١١ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٠) .

الموكل أن يتقاضى تعويضاً من الوكيل إذا تنحى عن الوكالة ، لأن في هذا تقييداً لحرية الوكيل في التنحي^(١) .

على أن القانون نفسه قيد حق الوكيل في التنحي في حالتين^(٢) :

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر . فلا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب^(٣) . فإن هو فعل ، صح التنحي ، ولكن الوكيل يكون متعسفاً فيكون مسئولاً عن تعويض الموكل^(٤) .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين لأجنبي في ذمة الموكل من المال الذي يقع في يده لهذا الأخير . فعند ذلك لا يجوز للوكيل التنحي بشروط ثلاثة : أن تقوم أسباب جدية تبرر التنحي ، وأن يخطر الوكيل الأجنبي بالتنحي ، وأن يمهله وقتاً كافياً لينتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه . فإذا أخل الوكيل بشروط من هذه الشروط الثلاثة ، فإنه لا يجبر مع ذلك على المضي في الوكالة إذ لا يجوز إجبار أحد على عمل شخصي ، وإنما يكون مسئولاً عن تعويض الأجنبي . أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه ، فإنه يجوز له التنحي دون .

(١) أكثم أمين الخولي فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩ - وانظر عكس ذلك وأنه يسح للموكل أن يشترط تقاضى تعويض من الوكيل إذا تنحى هذا عن الوكالة ويكون هذا شرطاً جزائياً قابلاً . أن يعيد القاضي النظر فيه : محمد علي عرفة ص ٤٢٢ - محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٣ ص ٣٣١ . .
(٢) ولكن يجوز في هاتين الحالتين فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (انظر آنفاً فقرة : ٣٢٩) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ - وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني في آخرها : « . . من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ووضح أن هناك خطأ مادياً ، والصحيح هو استبدال لفظ «أو» بلفظ «او العطف» ، فيكون النص على الوجه الآتي : « . . من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول » (انظر في هذا المعنى أكثم أمين الخولي فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩) .

(٤) بيدان ١٢ فقرة ٣٣٣ - چوسران ٢ فقرة ١٤٢٥ - أما إذا كانت الوكالة بغير أجر ، فيندر أن يكون تنحى الوكيل سبباً في مسئوليته عن التعويض (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ هامش ١٦) . وفي جميع الأحوال لا يكون الوكيل ملزماً بالتعويض إذا هو تنحى عن الوكالة بحسن مقبول ، كالمرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهمة أو السفر أو قيام خصومة بينه وبين الموكل (مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨١ - محمد علي عرفة ص ٤٢٢ - م ٢٠٠٧ مدني فرنسي وهي تقول : « . . لم يكن في وسع الوكيل أن يستمر في تنفيذ الوكالة إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد » .

شرط ، لأنه هو الذى يقدر مصلحته^(١) .

وقد طبق قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ هذه القواعد على تنحى المحامى عن وكالته ، فأوجب عليه أن يخطر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه^(٢) ، وأن يستمر فى وكالته حتى يتمكن الموكل من اختيار محام آخر بشرط ألا يزيد ذلك على شهر واحد . ولا يجوز له التنحى إذا كان منتدباً من لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (م ٣٧ من قانون المحاماة) . وقد نصت المادة ٤٠ من قانون المحاماة فى هذا المعنى على ما يأتى : « للمحامى دائماً أن يتنحى عن وكالته أو عن ندبه مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٣٧ من هذا القانون . وفى هذه الحالة يجب عليه أن يخطر موكله أو من يندب عنه بكتاب موصى عليه بتنحيه ، وأن يستمر فى مباشرة إجراءات الدعوى شهراً على الأكثر متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل أو من ندب عنه » .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيذان : (أ) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، فإنه يكون متسبباً فى هذا التنازل ويجب عليه التعويض ، كما هو الأمر فى حالة التعسف فى العزل . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح أجنبى ، فلا يجوز التنازل عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك مع إخطار الأجنبى وإعطائه الوقت الكافى لمصانفة مصالحه ، لأن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة ، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل ، بالنسبة له أيضاً ، بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب . أما إذا كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل ، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء ، لأنه هو الذى يقدر بمصلحته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) .

(٢) ويجب على الموكل أن يعلن خصمه بانتهاء وكالة محاميه ، وإلا سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة المحامى الذى انتهت وكالته ، أخذاً بمبادئ الوكالة الظاهرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع ألزم الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفال هذا الإجراء ، فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك ، سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو بابعثاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ، ويتمين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلاً مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى ، فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبته القانون على غياب الخصم (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٢ ص ٣٨٢) . وقضى قريباً من هذا المعنى بأنه إذا أراد شخص التنحى عن الوكالة الثابتة له عن شخص آخر بقصد تعطيل دعوى المدعى المرفوعة على الوكيل بصفته ولم يكن يقصد غرضاً مشروعاً ، فلا يجوز قبول هذا التنحى من جانبه ، ويجب اعتباره قائماً موجوداً فى الدعوى (الرقازيق ٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٢ ص ٨٥ . وانظر كذلك الرقازيق ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٢ ص ١٨٥) .

عقد الوديعة

تمهيد (*)

٣٣٤ — التعريف بعقد الوديعة وخصائص هذا العقد — نص قانوني :
أوردت المادة ٧١٨ من التقنين المدني تعريفاً لعقد الوديعة على الوجه الآتي :
« الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى
حفظ هذا الشيء ، وعلى أن يردّه عيناً »^(١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٢/٥٩٠^(٢) .

(*) مراجع في عقد الوديعة : هيك ١١ - لوران ٢٧ - ديقرجيه (تكملة تولىيه) ٦ -
ترولون في الوديعة - جيوار في القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٢ - بون في العقود
الصغيرة ١ - بودري وفال في الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ - بيدان
(وروديير) ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - أوبري ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ -
بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ - دي باج ٥ - Chapoutot -
في إيداع النقود في البنك . Légal في إيداع الأوراق المالية في البنك باريس سنة ١٩٢٦ -
Berme في وديعة الفنادق رسالة من بوردوس سنة ١٩٣٠ - Tunc في عقد الحفظ رسالة من
باريس سنة ١٩٤١ - بلانيول وريبير بولانچيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان
ودي لامورانديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ - جورمان ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ -
أنسيكلوبيدي دالوز ٢ سنة ١٩٥٢ لفظ Dépôt .
محمد كامل مرسى في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ - محمد علي عرفة في التأمين والعقود الصغيرة
الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٠ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٨ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٨٢/٥٩٠ : الإيداع عقد به يسلم إفسان منقولاً لإنسان
آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجره كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب
يحصل من المودع .

(ويختلف التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الجديد في أمور ثلاثة : (١) الوديعة
في التقنين القديم عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ولذلك عرف بأنه عقد به يسلم إنسان ، أما في التقنين
الجديد فهو عقد رضائي ولذلك ورد في المادة ٧١٨ مدني جديد أن المودع عنده يلتزم بأن يتسلم =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٥٠ - ٩٥١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٦٩٠^(١) :

ونخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوديعة خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

أولاً - الوديعة عقد رضائي ، إذ هي تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ولأنها ليست كذلك بعقد عيني إذ لا يشترط في انعقادها تسليم الشيء المودع إلى المودع عنده ، وتسليم الشيء المودع ليس ركناً في الوديعة بل هو التزام في ذمة المودع عنده بعد أن تنعقد الوديعة^(٢) .

= الشيء فالتسليم التزام ينشأ من العقد لا ركن فيه . (٢) ينص التقنين القديم صراحة على أن الشيء المودع يكون منقولاً . (٣) يشترط التقنين القديم أن تكون الوديعة دون أجر فإذا كانت بأجر أصبحت عقد مقاوله (م ٤٨٣/٥٩١ مدني قديم) ، أما التقنين الجديد (م ٧٢٤) فيميز أن تكون الوديعة بأجر مع بقائها وديعة .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٥٠ : ١ - الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه حقيقة أو حكماً لا على وجه التملك ، وهي إما أن تكون بعقد استحقاق كالوديعة ، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد .

٣ - والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان يسبب يمكن التحرز منه أو لا ، وإنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعد أو تقصير منه .

م ٩٥١ : الإيداع عقد به يحمل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ، ولا يتم إلا بالتبض .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن الوديعة في الأول عقد عيني وفي الثاني عقد رضائي) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٦٩٠ : الإيداع عقد بمقتضاه يستلم الوديع من المودع شيئاً منقولاً ، ويلتزم حفظه ورده .

(والوديعة في التقنين اللبناني عقد عيني ، وهي في التقنين المصري عقد رضائي) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يتضح من هذا التعريف (الوارد بالمادة ٧١٨ مدني) أن الوديعة عقد رضائي ، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئاً ، منقولاً أو عقاراً ، ثم يرده عينا . فالعقد يتم قبل تسليم الشيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٠ ص ٢٤٢ - ص ٥٤٣) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كانت الوديعة — هي والقرض والعارية ورهن الحيازة — عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم . وقد قدمنا أن التقنين المدني السابق كان يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي ، وكلا التقنينين ورث هذه العينية عن القانون الروماني . وكانت العينية مفهومة في القانون الروماني إذ أن هذا القانون لم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سُمي بالعقود الرضائية وليست الوديعة من بينها . وكانت العقود في هذا القانون شكلية في الأصل ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها الوديعة . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل . وكان الواجب أن تتحرر الوديعة من قيود رومانية لم يعد لها اليوم مبرر ، وهذا ما تم في التقنين المدني الجديد^(١) .

ثانياً — والوديعة ، كالوكالة ، هي في الأصل من عقود التبرع ، وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر . والوديعة غير المأجورة ، كالعارية ، من عقود التفضل (actes de bienfaisance) لا من الهبات (libéralités)^(٢) . وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة ، فهي أيضاً كالوكالة

(١) انظر في ذلك بالنسبة إلى عقد القرض وفي أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن الوديعة عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ، فحتى لو كانت عقداً عينياً لأمكن الوصول إليها عن طريق الوعد بالوديعة : الوسيط ٥ فقرة ٢٦٦ — وبالنسبة إلى عقد العارية : الوسيط ٦ فقرة ٨٢٤ . وقد ساير التقنين المدني الجديد في رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسري « (م ١/٤٧٢) . أما في التقنين المدني الفرنسي (م ١٩١٥) ، وفي المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٤٦) ، وفي التقنين الألماني (م ٦٨٨) ، وفي التقنين البولوني (م ١/٥٢٣) ، وفي التقنين اللبناني (م ١/٦٩٠) وفي التقنين التونسي والمراكشي (م ٧٨١/٩٩٥) ، فالوديعة عقد عيني (انظر الجزء الثالث من المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ص ٥٩٨ : وقد ورد فيها أن نص التقنين المدني الجديد مطابق للمشروع الفرنسي الإيطالي م ١/٦٤٦ ، والصحيح أن المشروع الفرنسي الإيطالي يعتبر الوديعة عقداً عينياً كما قدمنا ، والتقنين الذي يعتبرها عقداً رضائياً هو تقنين الالتزامات السويسري — انظر محمد علي عرفة ص ٤٤٩ وهامش ٤) . ويقال عادة في تأييد عينية عقد الوديعة إن الالتزام الأساسي فيها هو حفظ الشيء « ولا يتصور أن يلتزم إنسان بحفظ شيء ولما يتسلمه بعد » (محمد علي عرفة ص ٤٥٠) . ومع ذلك أمكن أن نتصور أن المستأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ، ولم يقل أحد إن الإيجار ينبغي أن يكون عقداً عينياً .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٥٩ و ٦ فقرة ٨٢٤ .

المأجورة ليست من عقود المضاربة^(١) ، وهذا ما يميز بينها وبين المقابلة
[وعقد العمل كما سيجي] .

ثالثاً - والوديعة ، كالوكالة أيضاً ، هي في الأصل عقد ملزم لحانب
واحد . وتبقى على هذا الأصل في الغالب لأنها لا تكون عادة مأجورة ،
بخلاف الوكالة فيغلب فيها الأجر . وإذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن
المودع لا يترتب عادة في ذمته بالوديعة أى التزام ، وتكون الالتزامات كلها
في جانب المودع عنده فيلتزم بتسليم الشيء المودع وبحفظه وبرده . ولكن يقع
أن تكون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر ، كما يقع أن يترتب في ذمة
المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض وسنرى أن هذا التزام ينشأ من
عقد الوديعة ذاته ، ففي هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين^(٢) .

رابعاً - والوديعة تتميز ، كالوكالة ، بتغلب الاعتبار الشخصي
(*intuitu personae*) ، وهذا الاعتبار أبرز في شخص المودع عنده منه في شخص
المودع . ومن ثم تنتهى الوديعة بموت المودع عنده كما سيجي ، ولا يجوز
للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع
إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدنى) ،
وسياتى بيان ذلك .

خامساً - والوديعة عقد غير لازم من جانب المودع ، وسنرى أن للمودع
طلب رد الشيء المودع في أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ما لم يكن الأجل
في مصلحة المودع عنده .

سادساً - والوديعة تتميز أخيراً بأنها عقد يلتزم به المودع عنده التزاماً
أساسياً بحفظ الشيء المودع . فلا وديعة إذا لم يكن هناك التزام عقدى بالحفظ .
فإذا ترك الشيء صاحبه عند آخر ، دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ .

(٢) انظر مايل فقرة ٣٧٧ - وقرب كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٣٢ -
وقارن بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ .
ص ٥٠٢ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ - جوسران ٢ فقرة ١٣٦٦ - محمد
على عرفة ص ٤٥٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٣ .

تصمناً بحفظه ، لم يكن هناك عقد وديعة^(١) . مثل ذلك أن يترك الخادم أمتعته في منزل مخدمه^(٢) ، أو يضع العامل ملابسه التي يرتديها بعد العمل أو دراجته في فناء المصنع إلى أن ينتهي عمله اليومي^(٣) ، أو يضع الشخص معطفه أو مظلته أو عصاه في منزل يزوره أو مطعم أو مقهى يرتاده أو « صالون للحلاقة » يدخل فيه^(٤) ، أو يخلع الشخص ملابسه في « كابن » ليستحم أو في ناد رياضي يمارس اللعب أو عند حائك ليحرب الملابس الجديدة التي يخطها الحائك^(٥) . ففي جميع هذه الأحوال لا يوجد عقد وديعة إلا إذا تبين من الظروف أن المودع عنده قصد أن يلتزم بحفظ الشيء المودع ، كأن خصص مكاناً لحرز هذه الأشياء ، أو واكل إلى مستخدم تسلمها وإعطاء صاحبها ورقة تحمل رقماً (ticket) ليستردها بها^(٦) ، أو أعد جراجاً لحفظ السيارات ،

(١) انظر في هذا المعنى وفي الأمثلة وأحكام القضاء الفرنسي التي سنوردها بلانيول وبرييه وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٢٦٣ .
(٣) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٤١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٩٧ - ١٥ يولييه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٩ (وفي هذه القضية الأخيرة وضع رب العمل إعلاناً بأنه غير مسئول عن حفظ الأشياء ، ومع ذلك فقد قضى بأنه قد يتبين من الظروف أن هناك وديعة اضطرارية بالرغم من هذا الإعلان : باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩) .

(٤) ليون الابتدائية ١١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٣٢٧ - ١٠ أغسطس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤٦٩ - السين ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٥٤ - ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٤٢٣ - ومع ذلك انظر باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩ .

(٥) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ١٩٠ - باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - باريس محكمة الصلح ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٩١ - ١٧ أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٥ - ٢ - تولوز محكمة الصلح ٤ أبريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٥٩ - السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ١٧٣ .

(٦) انظر آنفاً فقرة ١٩٩ .

والدرجات^(١) . وليس يكفي أن يلتزم الشخص بحفظ الشيء ، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشيء المؤجر ، والمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار ، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التي قدمها رب العمل ، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التي تقع في يده ، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التي يعهد بها إليه ، والمرتهن رهن حيازة يلتزم بحفظ المال المرهون ، ولا يعتبر أي عقد من هذه العقود وديعة . وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد ، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات . أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسي منهما هو الانتفاع بالشيء ، والمقولة والوكالة غرضهما الأساسي القيام بعمل معين ، والشركة غرضها الأساسي اقتسام ما قد ينشأ من نشاط الشركة من ربح أو خسارة ، ورهن الحيازة غرضه الأساسي تأمين الدين ، والالتزام بالحفظ في هذه العقود إنما يدخل تبعاً للغرض الأساسي وبصفة غير أصلية^(٢) .

(١) نقض فرنسي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ - ١ - ١٢٩ - ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ٢ - ٩٥ - بوردو ٨ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. - ١٩٤٨ - ٢ - ٤٠٣٣ - السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - فانت الابتدائية ١١ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٣٥٩ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٨ - بلانيول وريبيرو سافاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٣ - ليموج ١٦ يناير سنة ١٩٣٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ - ٢٠٥ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - بلانيول وريبيرو سافاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٧ - ص ٤٩٨ - جوسران ٢ فقرة ١٣٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الجمارك إذ تتسلم البضائع المستوردة وإذ تستبقها تحت يدها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تضع اليد على هذه البضائع كودع لديه متبرع بخدماته لمصلحة المودع ، بل تحتفظ بها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها وهي وفاء الرسوم المستحقة ، ومن ثم فإنه في حالة فقد البضائع لا يجوز لها التحدى بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تعدو مسئولية المودع لديه بلا أجر ، وذلك لانتفاء قيام هذا العقد الذي لا يقوم إلا إذا كان القصد من تسليم الشيء أساساً هو المحافظة عليه ورده للمودع عند طلبه . فإذا كانت المحافظة على الشيء متفرعة عن أصل آخر كما هو الشأن في الرهن الحيازي ، انتفى القول بوجوب تطبيق أحكام الوديعة (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٢ ص ١٥٤٥ - انظر عكس ذلك وأن مصلحة الجمارك تعتبر مودعا عندها غير مأجورة : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٤) . وقضى من جهة أخرى بأن وجود النقود

٣٣٥ - تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى : سبق أن استعرضنا،

فيما قدمناه من العقود المسماة ، كيف يتميز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ، فنشير هنا في إيجاز إلى ما قدمناه من ذلك .

قد يدق التمييز بين الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة (content estimative, aestimatum) . فيودع مثلاً تاجر الحملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبيعها ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هي بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها . وكالمجوهرات الكتب والبضائع المختلفة يودعها أصحابها في المكتبات أو عند تاجر التجزئة لبيعوها على هذا النحو . فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أو جاز اعتباره بيعاً من تاجر الحملة إلى تاجر التجزئة بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التجزئة من بيع البضاعة بالثمن الذي يحدده والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التجزئة . والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين ، ويستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع . أما إذا لم يبيع تاجر التجزئة البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها ، جاز اعتبار العقد وديعة^(١) ، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ هو البيع^(٢) .

= المتحصلة من الأموال الأميرية طرف الصراف يعتبر أنه على سبيل الوديعة ، فإذا سُرقت منه هذه النقود فالحكومة هي التي تتحمل الخسارة طبقاً للمادة ٤٨٩ مدني ، ولا يلزم الصراف بدفع المبلغ من ماله الخاص (استئناف وطني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩١ ص ٩٠) .

(١) بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠١٥ .

(٢) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١ - ص ٣٢ - فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٧٦ - فقرة ١٩٠ - وانظر في أن العقد لا يمكن أن يكون وكالة ، إذ ليس على تاجر التجزئة أن يقدم حساباً ، ويجوز له شراء البضاعة لنفسه ، وإذا ملكت البضاعة بسبب أجنبي تحمل تبعه الهلاك خلافاً للوكيل : فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٧٨ - فقرة ١٨٠ - وانظر في أن العقد يبيع تحت شرط واقف : نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٤٧١ - تولوز ٩ يوايه سنة ١٨٩١ دالوز ٩٤ - ٢ - ١٣٨ - ١٠ ينير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٧٢ - السين ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ٢ - ٨٨ . وانظر في انتقاد تكييف أن العقد يبيع تحت شرط واقف : فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٨١ - فقرة ١٨٤ - وفي انتقاد أن العقد شركة فقرة ١٨٥ - أو وديعة فقرة ١٨٦ - أو مقالة أو سمسة فقرة ١٨٧ - وفي أن العقد هو عقد غير مسمى يلتزم فيه تاجر التجزئة التزاماً تخبيرياً نحو تاجر الحملة إما برد الشيء ذاته وإما برد السعر المعين فقرة ١٨٨ - وانظر في عقد المحاسبة المواد ١٥٥٦ - ١٥٥٨ من التقنين المدني الإيطالي الجديد .

وإذا سلم قطن لمحتاج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ، لم يكن العقد وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحلج في القطن بدون إذن صاحبه لم يعتبر ذلك تبديدا^(١) . وإذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري ، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة ، فإن تصرف فيه لإضراراً بصاحبه كان مبدداً^(٢) .

وتتميز الوديعة عن القرض ، فالوديعة لا تنقل ملكية الشيء ولا يجوز استعماله ويجب رده بالذات ، أما القرض فينقل ملكية الشيء على أن يرد مثله . ومع ذلك فقد يودع شخص في البنك مبلغاً عن النقود على أن يسترد مثله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد اختلف في تكييف هذا العقد في فرنسا ، أما في مصر فقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف واعتبر العقد قرضاً (م ٧٢٦ مدني)^(٣) ، وسيجيء تفصيل ذلك .

وتختلف الوديعة عن الإيجار في أن المودع عنده لا ينتفع بالعين المودعة أما المستأجر فينتفع بالعين المؤجرة ويدفع أجرة في مقابل هذا الانتفاع . وقد يقع لبس بين العقدين في أحوال ، أبرزها التعاقد مع مصرف على تخصيص خزانة لإيداع الأشياء الثمينة بها (location des coffres-forts) . وقد رجح أخيراً الرأي الذي يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة ، وهو من عقود الحفظ المهنية (contrats de garde) حيث يتخذ الشخص الوديعة

١- وانظر في معنى أن العقد غير مسمى ما قضى به من أنه لا يعتبر مبدداً الصائغ الذي يتسلم من صائغ مثله قطعاً مصوغة من الذهب بشمن معين على أن يبيعها لحسابه ويدفع لصاحبها الثمن المتفق عليه ، أو يردها عينا إذا لم يبيعها ، فلم يفعل المتهم لا هذا ولا ذاك ، لأن العقد الذي يتم بين الصائغين هو عقد غير مسمى لا يدخل في العقود التي نصت عليها المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات : الوايلى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨ .

(١) نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ .

(٢) نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ - ولكن

تقارن بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٢ .

(٣) للوحينظ ٥ فقرة ٢٧٢ .

المأجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزائنة ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنده^(١) .

وتتفق الوديعة مع العارية في أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئاً للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد ، ولكن المودع عنده يتسلم الشيء ليحفظه دون أن يستعمله فالغرض الأساسي من العقد هو الحفظ كما قدمنا ، أما المستعير فيتسلم الشيء لينتفع به فالغرض الأساسي هو استعمال الشيء لا الحفظ . ومن ثم إذا أودع شخص بضائع في مخزن لآخر لحفظها فالعقد وديعة ، أو أذن له في استعمالها وكان هذا هو الغرض الأساسي من التعاقد فالعقد عارية^(٢) .

وتشبه الوديعة بالمأجورة بالمقابلة وبعقد الغمّل ، إذ المودع عنده يقوم بعمل لمصلحة الغير هو حفظ الشيء لقاء أجر معلوم ، فهو مأجور على عمله كالمقاول والعامل . ولكن المودع عنده ، حتى لو كان مأجوراً ، ليس مضارباً ولا يبغي الكسب من وراء الأجر كما قدمنا . على أن هناك من الودائع بالمأجورة ما يقترب من المقابلة إلى حد بعيد ، وذلك فيما قدمناه من عقود الحفظ المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة بالمأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضارباً يبغي الكسب^(٣) .

(١) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

(٢) انظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٨٢٥ ص ١٥١٣ .

(٣) انظر في التمييز بين المقابلة والوديعة آنفاً فقرة ٧ - ولكن عقود الحفظ تبقى مع ذلك عقود وديعة لا عقود مقابلة ، وعلى ذلك يعتبر وديعة الإيداع في مخازن الإيداع بمحطات السكك الحديدية (باريس ٨ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٦٢) ، وفي الجراجات العامة (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ - ١ - ١٤ - بورديو ١٢ مايو سنة ١٩٣١ جازيت دي پاليه ١٩٣١ - ٢ - ٢٢٣) ، وفي المصارف المعهود إليها حفظ الأوراق المالية للعميل (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧١ - السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٣٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيرييه ١٩٢٤ - ٢ - ٥٧ - ٩ يولييه سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٤٣١) ، وفي المخازن العامة (نقض فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧١) ، وفي محلات الودائع (vestiaires) في المطاعم والملاعب والحمامات والكازينوهات (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٢٣ - السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دي پاليه ١٩٥٣ - ٢ - ٦٩) .

وقد تقترن الوديعة بالوكالة . والأصل أن الوكيل إذا وقع في يده مال للموكل ، بقي العقد وكالة لأنه لم يتسلم المال لحفظه بل لتنفيذ الوكالة . ومع ذلك إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ، ووكله في الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة للدائن له يستوفى منه حقه ، فهذه وديعة مقترنة بوكالة . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس في إدارة المال . الموضوع تحت الحراسة (١) .

وتتفق الوديعة مع رهن الحيازة في أن صاحب الشيء يودعه في العقدين عند شخص آخر . ولكن الغرض الرئيسي في الوديعة هو حفظ هذا الشيء . كما قدمنا ، أما في رهن الحيازة فلاحتفاظ به ليكون ضماناً للدين (٢) . وقد يرهن شخص شيئاً مودعاً عند آخر ، فيبقى المودع عنده حائزاً للشيء لحساب الدائن المرتهن ، ومن ثم تكون هناك وديعة مقترنة برهن . وأكثر ما يقع ذلك عندما يرهن صاحب البضاعة بضاعته المودعة في مخزن عام ، وتبقى البضاعة مودعة في المخزن العام لحساب الدائن المرتهن (٣) .

٣٣٦ — التنظيم التشريعي لعقد الوديعة : وضع التقنين المدني الجديد الوديعة في مكانها الصحيح بين العقود الواردة على العمل ، ورتب أحكامها .

= أما إذا دفع العميل للصانع شيئاً يرميه ، أو للجراج سيارة يصلحها ، فالغرض الأساسي من العقد ليس هو حفظ الشيء بل إصلاحه ، ومن ثم يكون العقد مقارولة لا وديعة . كذلك في عقد النقل ليس الغرض الأساسي هو حفظ الأمتعة بل النقل من مكان إلى آخر ، ومن ثم لا يتضمن عقد النقل عقد وديعة (انظر في ذلك أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - ص ١٦٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ - پلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٧٨ - فقرة ٢٨٨٢ - وقارن كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢٣٢ ص ٨٠٧) . (١) انظر في اقتران الوديعة بالوكالة آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٣ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٥ - لوران ٢٧ فقرة ٧٥ - جيوار فقرة ٢٦ - بودري . وقال في الوديعة فقرة ١٠١٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٦٨ - ليون . أول أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ٢ - ١١٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ هامش ٦ .

وانظر في اشتباه الوديعة بالشركة وبالقرض : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ - انظر الوسيط ٥ فقرة ٢٧١ .

ترتيباً منطقياً ، وأدخل تعديلات على أحكام التقنين المدني القديم في مواضع متفرقة . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تفصيل ذلك فيما يأتى : « وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل ، ورتبت أحكامها ترتيباً منطقياً ، فعرفت الوديعة ، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات المودع . وذكرت بعض حالات تنطبق عليها أحكام الوديعة ، إلا فى مسائل معينة تنفرد بها بأحكام خاصة . ويختلف المشروع عن التقنين الحالى (القديم) فى مسائل أهمها ما يأتى : »

« (١) جعل المشروع الوديعة عقداً رضائياً ، كما فعل بالقرض والعارية ، وهى فى التقنين الحالى (القديم) عقد عيني . »

« (٢) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين . »

« (٣) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة عارية وبغير أجر ، وبين ما إذا كانت بأجر . فجعل فى الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معياراً شخصياً إذا كانت عناية العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس . وأما فى الحالة الثانية فقد جعل المعيار معياراً موضوعياً ، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عناية الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط . »

« (٤) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التقنين الحالى (القديم) إشارة قاصرة ، ففصل المشروع أحكام كل منها ، ووضع لها ما تقتضيه من أحكام خاصة » (١) .

٣٣٧ — خطة البحث : ونبحث الوديعة فى فصول أربعة ، فنبحث أركان الوديعة فى الفصل الأول ، ثم آثار الوديعة فى الفصل الثانى ، ثم انتهاء الوديعة فى الفصل الثالث ، ثم بعض أنواع الوديعة فى الفصل الرابع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - نضيف إلى ذلك أمرين ر أصبح فيما التقنين الجديد من عيوب التقنين القديم : (الأمر الأول) أن التقنين القديم كان يشترط أن يكون الشيء المودع منقولاً (م ٤٨٢ / ٥٩٠) مجازياً فى ذلك التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩٢٤) ، ولم يشترط التقنين الجديد (م ٧١٨) أن يكون الشيء المودع منقولاً فيصح إذن أن يكون عقداً ، وهذا هو الصحيح كما سنرى . (الأمر الثانى) أن التقنين القديم كان يشترط أن يكون الوديعة دون أجر (م ٤٨٢ / ٥٩٠) ، أما التقنين الجديد (م ٧٢٠ و م ٧٢٤) فقد أجاز صراحة أن تكون الوديعة بأجر ، وهذا أيضاً هو الصحيح كما سنرى

الفضل الأول

أركان الوديعة

٣٣٨ - **أركان الوديعة** : لعقد الوديعة ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضي في عقد الوديعة

٣٣٩ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٣٤٠ - **توافق الإيجاب والقبول** : في عقد الوديعة : الوديعة كما قدمنا عقد رضائي ، فيكفي لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع عنده . وليس التسليم ركناً فيها كما كان الأمر في عهد التقنين المدني القديم^(١) ، إذ كانت عقداً عينياً كما سبق القول . ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة في هذا الصدد ، ومن ثم تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد . فإذا أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون وديعة ، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية ، لم يتوافق الإيجاب والقبول ،

(١) قارن تقنين الموجبات والعقود البنائي حيث العارية عقد عيني ، ومن ثم تنص المادة ٦٩٥ من هذا التقنين على أن « يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وتسليم الشيء - ويكفي التسليم الحكمي عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع بسبب آخر » .

فلا ينعقد العقد لباعته هبة ولا باعتباره عارية ولا باعتباره وديعة . كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبله الآخر على أنه وديعة ، لم يكن هناك لاهبة ولا وديعة ، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ماهية العقد . وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة في التعاقد ، وغير ذلك من الأحكام^(١) .

ومذ أصبحت الوديعة عقداً رضائياً ، صار الوعد بالوديعة يعدل الوديعة نفسها ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما^(٢) .

والذي يملك أن يودع الشيء هو في الأصل مالكة ، فيجوز للمالك أن يودع ملكه ، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن المالك . وكذا كان أو ولياً أو وصياً أو قوماً . ولكل من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء أن يودعه . ولو لم يكن مالكاً له ، فيجوز الإيداع من صاحب المنفعة ، ومن المستأجر ، ومن المستعير ، ومن المرتهن رهن حيازة^(٣) ، ولهؤلاء جميعاً أن يودعوا الشيء حتى عند المالك نفسه . أما من لا يملك التصرف في الانتفاع بالشيء فلا يجوز له في الأصل الإيداع ، فالمودع عنده لا يملك أن يودع الشيء من الباطن إلا بإذن المودع ما لم يكن مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة . (م ٧٢١ مدني) كما سيجيء . وإذا أودع الشيء من لا يملكه وليس له التصرف في الانتفاع به ، لم تنفذ الوديعة في حق المالك ، فإذا أودع السارق .

(١) وقد أورد التقنين المدني العراقي نصاً خاصاً باقتران الوديعة بشرط أراد به تعديل أحكام المذهب الحنفي فيما يتعلق باقتران العقد بالشروط ، فنصت المادة ٩٥٩ من هذا التقنين على أنه « إذا اشترط في عقد الوديعة شرط على الوديع ، وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنة ، وجب اعتباره والعمل به . وإن كان غير مفيد أو كان مراعاته غير ممكنة ، فهو لغو لا يعمل به » .

(٢) انظر مثل ذلك بالنسبة إلى القرض الوسيط هـ فقرة ٢٧٩ ص ٤٣٥ ، وبالنسبة إلى العارية الوسيط ٦ فقرة ٨٣١ ص ١٥١٧ .

(٣) ولهم أن يستردوا الشيء المودع بدعوى الوديعة لا بدعوى الاستحقاق ، إذ هم لا يملكون الشيء المودع (أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ هامش هـ) .

المسروق عند شخص آخر ، صحت الوديعة فيما بين المتعاقدين (١) ، ولكنها لا تنفذ في حق المسروق منه ، ولهذا أن يسترد الشيء المسروق من المودع عنده (٢) .

٣٤١ — إنبات الوديعة : والأصل في الوديعة أن تكون عقداً مدنياً ، ما لم تكن تابعة لعمل من أعمال التجارة فتعتبر عندئذ عقداً تجارياً (٣) ، كما إذا أودع تاجر بضائعه في مخزن عام فيكون العقد تجارياً من جانب كل من المودع والمودع عنده ، وكما إذا أودع شخص نقوده في مصرف فيكون العقد تجارياً من جانب المودع عنده ومدنياً من جانب المودع .

فإذا كانت الوديعة عقداً تجارياً ، جاز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن أيا كانت قيمة الوديعة ولو زادت على عشرة جنيهات (٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالعقد (الوديعة) يتم قبل تسليم الشيء ، وهو لا ينقل إلى الوديع إلا الحيازة المادية للشيء : انظر م ٢٢٢٥ من التقنين الأرجنتي ، فلا يخوله ملكية ذلك الشيء ولا استعماله ولا استغلاله ، فلا يشترط فيه إذن أن يكون المودع مالكا ، إذ أنه عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر سواء أكان هذا الآخر مالكا أم غير مالك : انظر في هذا المعنى م ١٠٠٠ من التقنين التونسي وم ٧٨٦ من التقنين المراكشي وم ٦٩٤ من التقنين اللبناني . وانظر عكس ذلك م ١٩٢٢ من التقنين الفرنسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٣) .

(٢) هيك ١١ فقرة ١٣٢ — جيوار فقرة ٣١ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٤ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٦ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٣٥ — محمد على عرفة ص ٤٦٠ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٨ — وتنص المادة ٦٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « ليس من الضرورة لصحة الإيداع بين الفريقين أن يكون المودع مالكا للوديعة أو واضعاً يده عليها بوجه شرعى » .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ — جيوار فقرة ٤٠ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ . وفقرة ١١٨٠ مكررة ثالثاً ومع ذلك انظر فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ — محمد على عرفة ص ٤٥٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٠٦ . وفقرة ٢١٠ ص ٤١٦ — نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ ١ — ٤٧ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ ١ — ١٢٩ .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ ١ — ١٦ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ ١ — ١٢٩ (عامل يودع عند رب المصنع "دراجته أو ملابسه" ، فيجوز إثبات الوديعة ضد رب المصنع بالبينة والقرائن) — ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ الأسبوع —

أما إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً ، فإن القواعد المقررة في الإثبات هي التي تسرى^(١) ، فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا لم ترد قيمة الوديعة على عشرة جنهات . فإن زادت على هذه القيمة ، لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن^(٢) ، أو بالإقرار^(٣) ، أو باليمين^(٤) . كذلك يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن إذا حال مانع مادي أو أدبي دون

— القضاى (Sem. Jur.) ١٩٢٩ ص ٥٣٠ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٩٤٦ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ .

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — ص ١٧١ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ — كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤ .

(٢) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ — وتقديم ورقة تحمل رقماً (ticket) دليل كاف على واقعة الإيداع ، ولحامل هذه الورقة أن يثبت محل الوديعة بجميع طرق الإثبات (كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ — ١ — ١٩٠ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ — ص ٥٠٩) . وقد يمد رفض الخصم الحضور شخصياً أو الإجابة بمبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ هامش ٨) .

(٣) وللوصول إلى الإقرار يجوز استجواب الخصم (ديجون ١٢ مايو سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ — ٢ — ١٢٩ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٨) . أو طلب حضوره شخصياً (روان ٣١ يناير سنة ١٨٥١ دالوز ٥٢ — ٢ — ٨٤) — وإقرار المودع عنده لا يكون حجة على الغير ، كدائن يريد التحجز على الشيء المودع باعتباره مملوكاً للمودع عنده فيقرر هذا الأخير بأنه وديعة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ — كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤) — وإذا أقر المودع عنده بالوديعة ولكنه قال إنه ردها ، لم يجزاً عليه إقراره ، ووجب على المودع أن يثبت أن المودع عنده لم يرد الوديعة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٥ — كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤ ص ٨٠٨) . وإذا أقر المودع عنده بالوديعة في شيء دون آخر ، وجب على المودع إثبات الوديعة في الشيء الآخر ، كذلك إذا أقر بالوديعة في ذاتها دون الشيء المودع فإنه يجب على المودع أن يثبت ذاتية الشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧) .

وقد يترك المودع عنده بعد موته إقراراً مكتوباً بالوديعة ، فيعتبر هذا الإقرار دليلاً كتابياً على الوديعة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٤ هامش ٤) .

(٤) فإذا لم يوجد دليل كتابي على الإيداع أو على محل الوديعة ، صدق المودع عنده في هذه الوقائع يمينه (انظر م ١٩٢٦ مدني فرنسي — ترولون فقرة ٤٦ — جيوار فقرة ٤٠ — هيك ١١ فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٤ — بون ١ فقرة ٤١١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — ص ١٧١ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨) .

الحصول على دليل كتابي^(١) ، أو إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي^(٢) .
وتسرى قواعد الإثبات المتقدمة الذكر حتى في المسائل الجنائية ، كما إذا
وجب إثبات الوديعة في مناسبة جريمة التبيد^(٣) .

(١) وقد يحول دون الحصول على الدليل الكتابي غش الطرف الآخر (نقض فرنسي
٥ يناير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٣ - ١ - ٣٦٦ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ سيرييه ١٩٠٦ - ١ -
٢٩٣) ، أو قيام صلة قرابة تربط الطرفين (ليون ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي
١٩٢٤ - ٣٢٢ : وقد اعتبر هذا الحكم صلة القرابة بين العمة وابن أخيها غير كافية لقيام
المانع الأدبي) ، أو جريان العادة بعدم الحصول على دليل كتابي (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢
دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣) ، أو أن تكون الوديعة اضطرارية كما سيجيء . انظر في ذلك أيضاً
أوبري وروواسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢١٥ مدني (قديم) تبيح إثبات عقد الوديعة بالبيينة في حالة
وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه . وقد يكون المانع مادياً ،
كما يجوز أن يكون أدبياً . وتقدير ذلك على كل حال لمصلحة الموضوع . فإذا رأى قاضي الموضوع
لعلاقة الأخوة بين المودع والمودع لديه ولا اعتبارات أخرى أوردتها في حكمه قيام هذا المانع
المسوغ لإثبات الوديعة بالبيينة ، فلا معقب على قضائه في ذلك (نقض جنائي ٣ يونيو سنة ١٩٣٥
مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٨٣ ص ٤٨٧) .

ولا يجوز القول إن الجميل الذي يوليه المودع عنده للمودع بقبوله الوديعة ، وبخاصة إذا
كانت بغير أجر ، يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الكتابة (بودري وقال في الوديعة
فقرة ١٠٤٥) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٠ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ -
محمد علي عرفة ص ٤٥٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ - مصر المختلطة ٢ أغسطس
سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١ - نقض فرنسي جنائي ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ و ٥ مايو سنة ١٨١٥
و ١٠ أبريل سنة ١٨١٩ S. Chr. ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ٤ - ٩٩ -
أول سبتمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٩ - ١ - ٢٢ - ترولون فقرة ٤٧ - ديشرجيه فقرة ٤١٧ -
لوزان ٢٧ فقرة ٨٨ - هيك ١٦ فقرة ٢٣٤ - جيوار فقرة ٤٥ - بون ١ فقرة ٤٠٤ - بودري .
وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٢ - بلانيول ورينيروسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٩ - محمد
علي عرفة ص ٤٥٦ .

وجوب اتباع القواعد العامة في الإثبات إنما يكون فيما بين المودع والمودع عنده ، أما
بالنسبة إلى الغير إذا تعدى على الشيء المودع ، فليس المودع في حاجة إلى إثبات الوديعة ، وعليه
فقط أن يثبت التمدن وهو واقعة مادية ، يجوز إثباتها بجميع الطرق . وقد قضت محكمة النقض
في هذا المعنى بأن المدعى المرفوعة على سيد وخادمه ، بطلب الحكم عليها متضامنين بأن يدفعها إلى
المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن غيب الخادم بحل كانت في حلبة استودعها السيد ، هي دعوى متضمنة
في الواقع دعويين : الأولى أبنائها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين =

ويعنى المودع فى كثير من الأحيان أن تكون فى يده ورقة مكتوبة تثبت الوديعة ، حتى لا يصطدم بدعوى المودع عنده أن الشئ المودع قد سلم له على سبيل الهبة اليدوية أو على سبيل العارية ، والظاهر يؤيده لأنه حائز للشئ^(١) . كذلك قد يعنى المودع عنده أن تكون فى يده كتابة تثبت الوديعة ، حتى إذا أنكرها المودع وأراد اعتبار المودع عنده مغتصباً تجب مساءلته عن التعويض استطاع هذا الأخير رفع الدعوى بإثبات الوديعة .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٣٤٢ — الأهلية فى عقد الوديعة : يجب التمييز هنا بين المودع والمودع عنده .

فالمودع ، حتى لو كانت الوديعة بأجر ، يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف . فلا تشترط فيه إذن أهلية التصرف ، وتكفى أهلية الإدارة^(٢) . ومن ثم يكون الصبي المميز والمحجور عليه المأذون لهما فى إدارة أموالهما من ذوى الأهلية للإيداع . ومن باب أولى يكون أهلاً للإيداع البالغ سن الرشد . أما الصبي المميز غير المأذون له فى إدارة أمواله ، ومن يلحق

— المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ، ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

(١) باريس ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ٢ — ٢٢٤ — پلائيول وريبير وسافاتييه

١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٦ — جيوار فقرة ٣٣ — بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٢٨ —

فقرة ١٠٢٩ — محمد على عرفة ص ٤٥٩ (وينهب إلى وجوب توافر أهلية التصرف إذا التزم المودع بأجر لا يخرج من دخله) — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢ .

به من المحجور عليهم ، فلا يكونون أهلاً للإيداع ، وإنما يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يقوم بإيداع أموالهم ، لأن الإيداع عمل من أعمال الإدارة كما سبق القول فيدخل في ولاية النائب عن المحجور عليه^(١) . وإذا أودع الصبي المميز غير المأذون له في إدارة ماله ، كانت الوديعة قابلة للإبطال ، وبجاز لوليّه ، أوله عند بلوغه سن الرشد ، أن يطلب إبطال الوديعة^(٢) . وقد يقال إنه في غنى عن ذلك إذ الوديعة عقد غير لازم بالنسبة إليه ، فيستطيع استرداد الشيء المودع في أى وقت دون حاجة إلى إبطال العقد . ولكن يرد على ذلك بأنه قد يكون للوديعة أجل محدد في مصلحة المودع عنده أو يكون هذا مأذوناً في استعمال الوديعة ، وعند ذلك لا يستطيع المودع التحلل من الوديعة بإرادته المنفردة كما سنرى ، ولا يبقى أمامه إلا إبطال العقد . هذا إلى أن المودع قد يرى نفسه ملتزماً بموجب عقد الوديعة بدفع أجر للمودع عنده أو بأن يرد له ما أنفقه من مصروفات أو بأن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، فيستطيع أن يتخلص من هذه الالتزامات بإبطاله الوديعة ، ولا يكون مستثولاً إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب^(٣) .

(١) جيوار فقرة ٣٣ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٨ - أما الوديعة الناقصة فهي قرض كما سيحىء ، ومن ثم يجب أن يكون المودع متوافراً على أهلية التصرف ولا تكفى أهلية الإدارة ، لأنه ينقل ملكية الشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢) .

(٢) وإذا كان المودع عنده أهلاً للتصرف فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ولو أن المودع كان غير أهل للإدارة ، إذ لا يجوز إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته إبطال العقد . ومن ثم يبقى للمودع عنده ملتزماً بالوديعة مادام المودع لم يطلب إبطال العقد ، وأدى ما ترتبه الوديعة في ذمته من التزامات (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣١ - محمد على عرفة ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ش ٤١١ . وانظر م ٢/١٩٢٥ مدنى فرنسى) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ . وله أن يسترد الشيء المودع ، ولكن لا بدعى الوديعة فهذه قد أبطلت ، ولكن بدعى الاستحقاق ، ومن ثم يشترط أن يكون مالكا للشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٢ ص ٥٦٨ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٣) .

وقارن تقنين الموجبات والعقود البناني وهو يشترط توافر أهلية الالتزام (أى أهلية التصرف) في كل من المودع والمودع عنده . وقد نصت المادة ٦٩٢ من هذا التقنين في هذا الصدد على ما يأتى : « إن الإيداع وقبول الوديعة يستوجبان أهلية الالتزام عند المودع والوديع - =

أما المودع عنده ، حتى لو كان يأخذ أجراً ، فإنه يلتزم بحفظ الشيء و برده ، وقد يجبر عليه الالتزام بالحفظ مسئوليات ثقيّة ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة أى أهلية التصرف والالتزام ، ولا تكفى أهلية الإدارة^(١) . فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد . وإذا قبل الوديعة الصبي المميز ومن هو في حكمه ، ولو كان مأذوناً لهم في الإدارة ، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال . ويستطيع الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أو وليه قبل ذلك ، أن يطلب إبطال الوديعة ، فيتحل من التزاماته ، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب^(٢) . فإذا أضاع الشيء المودع ، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر ، أو أتلّفه الغير ، لم يكن مسئولاً عن رده سليماً إلى المودع ، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع^(٣) . وهذا ما لم يكن المودع عنده قد ارتكب خطأ تقصيرياً ، فإنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملاً بخطأه التقصيري^(٤) .

— على أنه إذا قبل شخص ذو أهلية من شخص لا أهلية له إيداع شيء ما ، لزمه أن يقوم بجميع موجبات الوديعة . ونصت المادة ٦٩٣ من نفس التقنين على ما يأتي : « إذا أودع شخص من ذوى الأهلية وديعة عند شخص لا يتمتع بالأهلية ، جاز له أن يطلب إرجاعها إليه إذا كانت لا تزال بين يدي الوديعة . أما إذا كانت الوديعة قد انتقلت إلى يد أخرى ، فلا يجوز له إقامة دعوى الاسترداد إلا بما يساوى قيمة الكسب الذي أحرزه فاقد الأهلية . وتطبق عند الاقتضاء القواعد المختصة بمتبعة فاقد الأهلية عند ارتكابهم جرماً أو شبه جرم » .

(١) جيوار فقرة ٣٤ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٥ — محمد على عرفة ص ٤٥٨ — عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٣٦ .

(٢) وإذا كان المودع أهلاً للإدارة ، فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ، لأن الإبطال قد شرع لمصلحة المودع عنده في الحالة التي نحن بصددّها (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٦٩ — محمد على عرفة ص ٤٥٨) . فإذا لم يطلب المودع عنده الإبطال ، بقي العقد منتجاً لآثاره ، منشئاً لما يترتب عليه من الالتزامات في جانب كل من الطرفين (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣١ ص ٥٦٧ — محمد على عرفة ص ٤٥٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١١) .

(٣) جيوار فقرة ٣٦ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ — وانظر م ١٩٢٦ مدني فرنسي . ويجوز في حالة إبطال الوديعة أن يسترد المودع الشيء المودع يدعى استحقاق إذا كان هو المالك (ترولون فقرة ٥٥ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٧٠ — انظر عكس ذلك وأن للمودع استرداد الشيء ولو لم يكن هو المالك مادام الشيء لا يزال باقياً في يد المودع عنده : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٦٩ — محمد على عرفة ص ٤٥٩ هامش ١) .

(٤) ديفرچيه فقرة ٣١٤ — ترولون فقرة ٥٨ — جيوار فقرة ٣٧ — بودرى وقال

٣٤٣ — عيوب الإدارة في عقد الوديعة : ولا توجد أحكام يختص بها عقد الوديعة في صدد عيوب الإدارة ، فتسرى القواعد العامة المقررة في هذا الشأن .

ولكن يلاحظ أن الوديعة يدخل فيها الاعتبار الشخصي ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية المودع ملحوظة في العقد ، وتكون شخصية المودع عنده دائماً ملحوظة . فتبطل الوديعة إذن للغلط في شخص المودع ، وبخاصة للغلط في شخص المودع عنده^(١) .

والإكراه يعيب الإرادة في الوديعة كما يعيبها في سائر العقود . ولكن الوديعة الاضطرارية صحيحة كما سنرى ، وإذا كانت إرادة المودع تقع تحت ضغط في هذه الوديعة ، فإن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه .

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد الوديعة

٣٤٤ — الشروط الواجب توافرها في الشيء المودع : المحل الأصلي في عقد الوديعة هو الشيء المودع . وقد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلاً آخر ، ولكنه محل عرضي قد يوجد وقد لا يوجد^(٢) . ويجب أن يتوافر في الشيء المودع الشروط العامة التي يجب توافرها

في الوديعة فقرة ١٠٣٧ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — محمد علي عرفة ص ٤٥٩ .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٧ — وإذا وقع المودع في غلط في شخص المودع عنده ، فقد تكون له مصلحة في إبطال العقد ، وذلك إذا تعذر عليه الرجوع في الوديعة ، كما إذا كان الأجل لمصلحة المودع عنده أو أذن لهذا الأخير في استعمال الوديعة ، وكما إذا كان المودع ملتزماً بدفع أجر . وقد يقع الغلط في صفة جوهرية للشيء ، كما إذا كان الشيء المودع خطراً أو ضاراً بالصحة (أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٦ — محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٥ ص ١٠ هامش ١) ، وإن كان الأصل أن الغلط في صفة الشيء المودع أو في مقداره لا يؤثر في صحة الوديعة (أسبوط استئناف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٣ ص ٥٢٨) . (٢) وقد تحدد مدة الوديعة ، وسنرى عند الكلام في انتهاء الوديعة أن هذه المدة لا تلزم المودع عادة فيجوز له طلب الشيء المودع قبل انقضاءها ، وقد لا تلزم المودع عنده فيجوز له رد الشيء المودع دون انتظار لانقضاء المدة .

فى المحل . فيجب أن يكون الشيء موجوداً ، معيناً أوقابلاً للتعين ، غير مخالف للنظام العام ولا الآداب . فلو كان الشيء المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة . كذلك يجب أن يكون الشيء المودع معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة أوقابلاً للتعين ، وتسرى فى ذلك القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . وإذا كان الشيء المودع غير قابل للتعامل فيه ، بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، لم يجوز إيداعه^(١) . فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة ، ولا المخدرات ، ولا الحشيش ، ولا الأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب أو الصور الممنوعة .

٣٤٥ — الأشياء التى يجوز إيداعها : ونرى مما تقدم أن أى شىء توافرت فيه الشروط سالفة الذكر يجوز إيداعه . ويستوى فى ذلك المنقول والعقار . وقد كان التقنين المدنى القديم (م ٤٨٢ / ٥٩٠) لا يجوز إلا إيداع المنقول^(٢) ، وقد اقتضى فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٨) . وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا الحكم ، فأجاز إيداع المنقول والعقار ، إذ نصت المادة ٧١٨ مدنى كما رأينا على أن (الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر . . » ، فأطلق فى محل الوديعة وجعله « شيئاً » دون أن يخصه بالمنقول .

ومع ذلك يغلب أن يكون الشيء المودع منقولاً ، إذ المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار . ولكن لا شىء يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره . وليست الحراسة الاتفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشيء المودع فيها عقاراً كما هو الغالب^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٧ ص ٤١٣ .

(٢) وقد قضى فى عهد هذا التقنين بأنه لا يمكن اعتبار وضع يد شخص على أطياف يد وديعة للوصول إلى القول بأن ريع هذه الأطياف لا يسقط مهما طال زمن وضع اليد ، لأن الوديعة محلها المال المنقول دون العقار (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) . وقضى بأن الوديعة لا ترد إلا على منقول (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٢٢ . وينتقدان من الناحية التشريعية التقنين المدنى الفرنسى الذى أوجب أن يكون الشيء المودع منقولاً - وقرب بلانيول وريبير بوبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٥٨ - وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦١ .

والأشياء التي يجوز إيداعها كثيرة متنوعة . فيجوز إيداع البضائع والسيارات والملابس والمفروشات والمجوهرات والمصاغ والكتب والصحف والمجلات والعوامات والذهبيات واللانشات ، كما يجوز إيداع الأراضي والمباني من منازل ومكاتب ودكاكين وغير ذلك .

ويجوز إيداع الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء المثلثة على أن ترد بعينها^(١) ، إذ لا يجوز في الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشيء المودع^(٢) . وقد يودع مبلغ من النقود أو شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ويكون المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، فلا يردده بالذات ولكن يرد مثله ، وهذه هي الوديعة الناقصة وهي تعتبر قرضاً (م ٧٢٦ مدني)^(٣) ، وسيأتي بيان ذلك .

وغنى عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تودع ، فلا يودع الدائن حقه الثابت في ذمة مدينه ، لأن هذا الحق يستعصى بطبيعته على الإيداع^(٤) . ولكن يجوز إيداع الأسهم والسندات والأوراق المالية ، وكذلك يجوز إيداع سندات الحقوق المعنوية كسندات الديون والأوراق التجارية^(٥) .

٣٤٦ - السبب في عقد الوديعة : والسبب في عقد الوديعة ، طبقاً للنظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في الوديعة هو التسليم ، وكانت الوديعة عقداً عينياً يحسب هذه النظرية .

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة . مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بعد ارتكاب جريمة ، أو يتخفى عنده مسروقات .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ١٩٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٢٨ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٤ وفقرة ١٠٣٩ .

(٣) وانظر في أن معنى الوديعة لا يستقيم إذا لم ترد الوديعة بعينها : (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢) .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ - ١ - ١٩٢ - ٣ مايو سنة ١٨٤٨ ، سيريه ٤٨ - ١ - ٣٢١ - لوران ٢٧ فقرة ٧٩ - جيوار فقرة ١٩ - بون ١ فقرة ٣٨٢ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ .

(٥) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٥٨ - محمد علي عرفة ص ٤٦١ .

الفصل الثاني

آثار الوديعة

٣٤٧ — التزامات المودع عنده والتزامات المودع : تنشئ الوديعة دائماً التزامات في جانب المودع عنده ، وقد تنشئ عرضاً التزامات في جانب المودع .

الفرع الأول

التزامات المودع عنده

٣٤٨ — التزامات المودع : يلتزم المودع عنده بأن يتسلم الشيء المودع ، وبأن يقوم بحفظه ، وبأن يردده للمودع عند انتهاء الوديعة . وقد رأينا المادة ٧١٨ مدني تجمع هذه الالتزامات الثلاثة إذ تقول : « الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء ، وعلى أن يردده عينا » .

المبحث الأول

تسليم الشيء المودع

٣٤٩ — نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« على المودع عنده أن يتسلم الوديعة^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٩٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، لأن التسليم كان في هذا التقنين ركناً في الوديعة لا تنعقد بدونه ، وليس التزاماً يترتب عليها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٦٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٧١٩ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

٣٥٠ - **التسليم التزام لركن** : ويتبين من النص المتقدم الذكر أثر تحول الوديعة من عقد عيني كما كانت في التقنين المدني القديم إلى عقد رضائي كما هي في التقنين المدني الجديد . فقد كان تسليم الشيء المودع ركناً في الوديعة عندما كانت عقداً عينياً ، ومن هنا أمكن أن تكون الوديعة ، بخلاف العارية ، عقداً ملزماً لحانب واحد ، إذ التسليم يلتزم به المودع عنده لا المودع ، وإذا يغلب أن تكون الوديعة دون أجر ويصح ألا تنشئ التزامات في جانب المودع من رد مصروفات أو تعويض ضرر ، فيكون المودع غير ملزم بشيء . فإذا ما التزم بشيء مما تقدم ، كانت الوديعة عقداً ملزماً للجانبين ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢) .

ويلاحظ أن الوديعة قد تكون بأجر ، ولكن الأجر لا يدخل الوديعة في عقود المضاربة كما سبق القول (٣) ، فيجوز للمودع أن يسترد الشيء

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لامقابل لأن التسليم في هذا التقنين ركن في الوديعة لا التزام ينشأ عنها .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل - وقد صرح هذا التقنين بأن الوديعة عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الشيء ، فالتسليم ركن لا التزام ، إذ تقول المادة ٦٩٥ منه : « يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وبتسليم الشيء - ويكفي التسليم الحكمي عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع لسبب آخر » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

المودع في أي وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ومن ثم لا يمكن القول بأن للمودع عنده المأجور مصلحة في إلزام المودع بتسليم الشيء المودع إذا امتنع هذا عن تنفيذ الوديعة بعد تمامها ، وعلى ذلك لا يكون التسليم التزاماً في ذمة المودع ، ويبقى التسليم التزاماً في ذمة المودع عنده وحده^(١) . وقد يتغير الأمر إذا كان أجل الوديعة محدداً في مصلحة المودع عنده أو كان هذا مأذوناً في استعمال الوديعة حيث لا يجوز للمودع أن يسترد الشيء المودع قبل انقضاء الأجل ، فقد يقال إن المودع يصبح في هذه الحالة ملزماً بتنفيذ الوديعة لمصلحة المودع عنده ، ومن ثم يكون ملزماً بتسليم الشيء المودع كما التزم المودع عنده بتسليمه ، وتكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين . ولما كانت هذه الحالة نادرة ، وأكثر ما تتحقق في الوديعة الناقصة وهي قرض لا وديعة كما سيأتي ، لذلك يصح القول إن التسليم يبقى عادة التزاماً في ذمة المودع عنده ، ولا يكون التسليم التزاماً في ذمة المودع .

٣٥١ - كيف يكون التسليم - التسليم الوفيقي والتسليم الحكمي :

يكون التسليم باستيلاء المودع عنده على الشيء المودع استيلاء مادياً ، بعد أن يضع المودع الشيء تحت تصرفه في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد في تسليم المشتري للعين المباعة ، وفي تسليم المستأجر للعين المؤجرة ، وفي تسليم المستعير للعين المعارة ، وفي التسليم بوجه عام في كل عقد ينشئ هذا الالتزام في ذمة أحد المتعاقدين . وهذا هو التسليم الحقيقي^(٢) .

وقد يكون التسليم حكماً ، بأن يكون الشيء المودع موجوداً في يد المودع عنده قبل الوديعة ، على سبيل الإيجار أو على سبيل العارية أو على سبيل رهن الحيازة أو لأي سبب آخر ، ثم يتفق الطرفان على أن يبقى الشيء

(١) قرب بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠١٦ ص ٥٥٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢

ص ٤٠٧ هامش ١ .

(٢) ويجب أن يكون التسليم لا غموض فيه ، فن دفع شيء إلى أهل بيته لحفظه لا يكون

مودعاً له ، بل لا تزال يده على الشيء في بيته ، ولم يخرج الشيء عن حيازته (ليل الابتدائية ٢٤

توفبر سنة ١٩٥٢ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ١١٨ - پلانيولوريير وسافاتييه ١١

١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٥) .

في حيازة المودع عنده على سبيل الوديعة . والتسليم الحكمي يفترض أن الشيء قد رد لصاحبه أولاً ثم سلمه هذا للآخر مرة ثانية بعقد الوديعة ، فيجتزأ عن عمليتي التسليم والتسليم ببقاء الشيء في يد المودع عنده بهذا السبب الجديده وهو عقد الوديعة^(١) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « ويكفي التسليم الحكمي عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع لسبب آخر »^(٢) .

٣٥٢ - جزاء الإخلال بالتزام التسليم : ولما كان التسليم التزاماً في ذمة المودع عنده كما قدمنا ، فإن هذا يجبر على تنفيذه طبقاً للقواعد العامة . ولما كان إجبار المودع عنده على التنفيذ العيني ليس في مصلحة المودع ، إذ الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، وإذا أبل المودع عنده تسليم الشيء فإن ثقة المودع فيه تزعزع ، لذلك يكون الأصلح للمودع أن يطالب المودع عنده بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه^(٣) . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدي حين تقول : « بينت المادة ١/٩٩٩ (من المشروع) التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن تسليمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض »^(٤) .

وقد تكون الوديعة في مصلحة المودع عنده ، أو يتعذر على المودع عنده غير المأجور حفظ الوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، فيجوز في هاتين الحالتين للمودع عنده أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه كما سيجيء . وتفريعا على ذلك يجوز للمودع عنده في هاتين الحالتين ، إذا لم يكن قد سلم الشيء ،

(١) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠١٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٥٩ وجوسران ٢ فقرة ١٣٦١ (ويسمون التسليم الحكمي tradition de brève main وينتقدون تسميته في التقنين المدني الفرنسي tradition feinte) - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢١ - محمد علي عرفة ص ٤٦٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١١ وقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٩ في الهامش .

(٣) انظر استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٥١ ص ٦٥ - وانظر محمد علي عرفة ص ٤٦٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ .

المودع ، أن يتحمل من الالتزام بتسلمه إذ أن له حق الرجوع في الوديعة ،
فثبت له هذا الحق بعد التسليم وقبله .

٣٥٣ - تبهت هلاك الشيء المودع : ولما كانت الوديعة لا تنقل ملكية
الشيء المودع إلى المودع عنده ، بل يبقى المودع مالكا للشيء ويسترده
عينا عند انتهاء الوديعة ، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أو بعده بسبب
أجنبي ، كان هلاكه على المالك أي على المودع . وهذا ما قررناه بالنسبة إلى
المؤجر وبالنسبة إلى المعير ، إذا هلك العين المؤجرة أو المعارة قبل التسليم
أو بعده .

وسرى أنه إذا هلك الشيء المودع بخطأ من المودع عنده ، كان هذا
مستولا عن الهلاك .

المبحث الثاني

حفظ الشيء المودع

٣٥٤ - حفظ الشيء المودع هو الغرض الأساسي من عقد الوديعة
وهو الالتزام الجوهري فيها : الغرض الأساسي من عقد الوديعة هو حفظ
الشيء المودع ، ومن ثم كان التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو الالتزام
الجوهري الذي يترتب على هذا العقد ، وكان عقد الوديعة على رأس عقود
الحفظ والأمانة ، كما أن عقد البيع على رأس عقود التصرف ، وعقد الإيجار
على رأس عقود الإدارة^(١) .

٣٥٥ - التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو التزام بئزل عناية :
والتزام المودع عنده بحفظ الشيء ، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين

(١) ويكون المودع عنده مستولا عن حفظ الشيء ، لا فحسب تجاه المودع ، بل أيضاً
تجاه الغير ، فيكون مستولا عما يلحق الغير من ضرر مسئولية الحارس من الشيء الذي يحرسه
(نقض ٥ مارس سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٤٧٣ مع تعليق سافاتييه - وانظر في أن المودع عنده
غير المأجور لا يعتبر حارساً للشيء : سافاتييه في المسئولية المدنية ١ فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير
بومافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ مكررة) .

المؤجرة والتزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة والتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، التزام ببذل عناية .

وقد قدمنا في الوكالة (١) أن نظرية قديمة مهجورة ، هي نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه ، ففي العقود التي لمنفعة الدائن وحده كالوديعة لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وفي العقود التي لمنفعة المدين وحده كالعارية يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه ، وفي العقود التي لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير . وقد نبذ التقنين المدني الجديد هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة التي تميز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية . ففي الالتزام ببذل عناية ، كالالتزام المودع عنده بحفظ الشيء ، يكون المدين « قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ٢١١/١ مدنى) . وقد طبقت هذه النظرية فى الإيجار ، وفى العارية ، وفى الوكالة ، وهانحن الآن نراها تطبق فى الوديعة (٢) . فالأصل فى العناية المطلوبة من المدين أن تكون عناية الرجل المعتاد ، وقد تزيد أو تنقص طبقاً للاتفاق أولئى فى القانون . وقد أبقاها القانون عناية الرجل المعتاد فى الإيجار لأن المؤجر يأخذ أجراً ، وفى كل من الوكالة الوديعة إذا كان الوكيل أو المودع عنده يأخذ أجراً ، وزاد على عناية الرجل المعتاد فى العارية حيث المعير لا يأخذ أجراً ، ونزل عن هذا القدر فى الوكالة غير المأجورة (٣) ، وكذلك فعل فى الوديعة غير المأجورة كما سنرى حالا .

٣٥٦ — الجمع فى الوديعة بين المعيارين الشخصى والمادى — نص

قانونى : تنص المادة ٧٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك .
أزيد من عناية الرجل المعتاد » .

« ٢ — أما إذا كانت الوديعة بأجر ، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة .
عناية الرجل المعتاد » ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٠ على الوجه الآتي : « ١ — إذا كانت الوديعة دون أجر ، زجب على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يطالب في ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد . كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ — أما إذا كانت الوديعة بأجر ، أو كانت في مصلحة الوديع وحده ، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشيء ، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد » . وفي لجنة المراجعة - حذفت العبارة الخاصة بإمكان الاتفاق على خلاف القاعدة المتعلقة بمقياس العناية لعدم الحاجة إليها ، وجعلت الفقرة الثانية مقصورة على الوديعة المأجورة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المواد الآتية :

م ٥٩١/٤٨٣ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع في العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

م ٥٩٣/٤٨٥ : حافظ الوديعة مسئول عما يقع منه في شأنها من التقصير الجسيم ، وعن عدم صيانتها لها المشترطة في العقد .

م ٥٩٨/٤٨٩ : حافظ الوديعة الذي يأخذ أجرة بسبب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع ، كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوها ، ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة .

(ويبدو أن التقنين المدني القديم سار هنا أيضاً على نظرية تدرج الخطأ ، فإذا كانت الوديعة دون أجر لم يكن المودع عنده مسئولاً إلا عن الخطأ الجسيم ، وإذا كانت بأجر سرت عليها أحكام المقابلة فيكون المودع عنده مسئولاً عن الخطأ اليسير ، وإذا كانت الوديعة بأجر واستدعتها ظروف الحال كالوديعة عند صاحب الفندق أو عند أمين النقل لم يتخلص المودع عنده من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي . أما التقنين المدني الجديد فقد هجر نظرية تدرج الخطأ ، واتخذ في الالتزام ببذل عناية معيار الشخص المعتاد وهو معيار مادي ، وقرنه في الوديعة بنظر أجر بالمعيار الشخصي كما يتبين من نص المادة ٧٢٠ مدني سالف الذكر) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٩٥٢ : يجب على الوديع أن يعتنى بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله ،

=

وأن يضعها في حوز مثلها .

ونرى من ذلك أن القانون قد ميز هنا ، كما ميز في الوكالة^(١) ، بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر أو كانت بأجر . فإن كانت بغير أجر تكون في مصلحة المودع دون المودع عنده ، ويكون المودع عنده غير مسئول إلا عن العناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هي دون عناية الشخص المعتاد . أما إذا كانت عنايته الشخصية هي أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد . فمقياس العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسئولاً من عنايته الشخصية ، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسئولاً عن عناية الشخص المعتاد . والسبب في ذلك هو نفس السبب الذي قدمناه في الوكالة ، فالمودع عنده غير مأجور فيكون مستفضلاً ، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عنايته الشخصية ، بخلاف ما يكون مسئولاً إذن إلا عن أدنى العنايةتين . أما إذا كانت الوديعة بأجر^(٢) ،

— م ٩٥٣ : إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، ضمنها الوديع .

(ويمكن القول بأن أحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري إذا فسرت عناية الوديع بحفظ ماله بأن حدها الأقصى هو عناية الشخص المعتاد ، وفسر السبب الذي يمكن التحرز منه بأنه السبب الذي يمكن أن يتحرز منه الشخص المعتاد) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٦٩٦ : يجب على الوديع أن يسهر على صيانة الوديعة كما يسهر على صيانة أشياءه الخاصة ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٣ .

م ٧١٣ : إن الوديع مسئول عن سبب كل هلاك أو تعيب كان في الوسخ اتقاؤه : أولاً — إذا كان يتلقى أجراً لحراسة الوديعة . ثانياً . إذا كان يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ .

(٢) وكان المشروع التمهيدي يضيف إلى الوديعة بأجر الوديعة لمصلحة الوديع وحده والوديعة التي تطوع فيها الوديع لحفظ الشيء (انظر م ١٩٢٨ مدني فرنسي) ، فحذفت هذه الإضافة في لجنة المراجعة (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . ويمكن ، بالرغم من هذا الحذف ، في الوديعة التي هي لمصلحة الوديع وحده أو التي تطوع فيها الوديع لحفظ الشيء ، اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنيّاً على أن تكون عناية المودع عنده في حفظ الشيء هي عناية الشخص المعتاد .

وانظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي : جيوار فقرة ٥٣ وما بعدها — بودري وقال في الوديعة فقرة ٢٠٦٠ — فقرة ١٠٦٦ — پلانيول وريبير ومسافتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥٠٩ — ص ٥١٠ — ديجون ١٢ يونيه سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ٢ — ١٤٦ — باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ — ١ — ٢٠٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥١ — ١ — ١٧٧ .

فإنه يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص المعتاد ، أى أن المعيار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلاً هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مسئولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو نزلت هذه العناية بمعاييرها الموضوعية عن عنايته هو بمعاييرها الشخصية . وقد قدمنا مثل ذلك فى الوكالة المأجورة^(١) .

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع عنده مسئولاً إذا وضع المجوهرات المودعة فى دولاب غير مقفل فسرقت^(٢) ، أو وضع القطن المودع بجوار مواد ملتهبة فاحترق ، وذلك سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة^(٣) . فإنه يصعب

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية فى حفظ الوديعة . ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر ، وما إذا كانت الوديعة بأجر . . وأجرى على النوع الثانى القاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد . أما النوع الأول من الوديعة ، فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع ، فعدل عن المعيار المادى الذى يودى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد ، إلى المعيار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية فى شؤون نفسه . ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع ، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد ، ولما كان الوديع قد يكون فى شؤونه الخاصة أكثر حرصاً من متوسط الناس ، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصى وضع حد للعناية التى يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا المعيار ، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته فى شؤون نفسه ، دون أن يودى ذلك فى أى حال إلى مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد . ويلاحظ فى كلتا الحالتين أن التزام الوديع يعتبر التزاماً بوسيلة لا التزاماً بنهاية ، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه فى المحافظة على الشيء ، حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشيء فعلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٩٧ - بلانيول وريبير ومساقتيه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٣ - وإذا كان الشيء المودع ليس ثميناً ووضعه المودع عنده فى مكان غير مغلق ، وكان غير مأجور ، لم يكن مسئولاً إذا سرق الشيء . ، ما دام يثبت أنه تعود ذلك فى مال نفسه (محمد على عرفه ص ٤٦٦) . ولتقدير العناية المطلوبة يرجع كذلك إلى ماجرى به العرف (بوردو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ٢ - ١١) .

(٣) فيجب أن يضع الوديعة « فى حرز مثلها » كما تقول المادة ١/٩٥٢ مدنى عراقى (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وقد قضى بأن عدم المحافظة على البرقع المودع فى مكان مأمون لا تصل إليه أيدي الأشخاص الذين فى المنزل وغير الموثوق بأمانتهم تقصير جسيم يستلزم

تصور أن يصل المودع عنده في نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد. إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبذل عناية الشخص المعتاد في حفظ الوديعة . وإذا اضطر أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت ، فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسئولاً إذا كانت الوديعة بأجر ، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص^(١) . أما إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وأثبت ذلك ، فإنه لا يكون.

= القضاء بإلزام المودع عنده بصمان الوديعة (الزقازيق جزئى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨) .

أما إذا كانت السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة ، فلا مسئولية على المودع عنده . ولكن لا يكتفى أن يثبت المودع عنده أن الشيء قد سرق أو احترق أو ضاع حتى يتخلص من المسئولية ، بل يجب أن يثبت فوق ذلك أن السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة . (نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ سيرييه ١٩٠٥ - ١ - ٣١١ - ليون ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٨ مايو سنة ١٩٤٦ - ٢ - ١٦٤ - ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ - باريس ١٧ مارس سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥١ - ١ - ٤٢٨) ، أو أنه قد بذل العناية المطلوبة بحسب ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، وبالرغم من ذلك سرق الشيء أو احترق أو ضاع (باريس ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥١ - ٢ - ١٧٧ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ فقرة ٥١١ - محمد على عرفة ص ٤٦٨) . وسواء كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بما يهدد الشيء المودع من أخطار ويتلقى تعليماته فى هذا الشأن ، أو يمكنه من أن يتخذ بنفسه الاحتياطات اللازمة (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) .

(١) وانظر فى أن المودع عنده لا يلتزم فى الأصل بأن يؤمن على الوديعة إلا إذا قضى العرف بذلك : نقض فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٢٥ - باريس ١٢ فبراير سنة ١٩٥١ J.C.P. ١٩٥٢ - ٢ - ٦٦٨٨ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ هامش ١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ - محمد على عرفة ص ٤٦٦ - وفى أن من يقبل نبذاً على سبيل الوديعة لا يلتزم ببسترته : بودرى ١١ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ٢ - ١١ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٥٦ - وفى أن المصرف الذى يقبل أوراقاً مالية على سبيل الوديعة لا ياتزم بإخطار صاحبها بما يفتح أمامه من حق الاكتتاب فى أوراق أخرى : السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيرييه ١٩٢٥ - ٢٠ - ٢٧ مع تعليق إسمان - وقارن پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٦ .

وإذا أمن المودع عنده على الوديعة ، وتلفت بخطأه ، رجع عليه المودع بالتعويض ، ورجع هو على شركة التأمين . أما إذا تلف الشيء بقوة قاهرة ، فإن المودع لا رجوع له ، وكذلك لا يرجع المودع عنده على شركة التأمين (نقض فرنسى ٢ يونيو سنة ١٨٨٦ سيرييه ٨٦ - ١ - ٤٤٩) ،

مستولا . وإذا كان بالوديعة عيب يهددها بالتلف ، وكان العيب بحيث لا يمتحن على الشخص المعتاد ، فإن المودع عنده إذا كان مأجوراً يكون مستولا إذا هو لم يخطر المودع بهذا العيب حتى يعمل على تلافي الضرر^(١) . أما إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان العيب الذي لا يمتحن على الشخص المعتاد يمتحن على المودع عنده لقلّة يقظته ، فإنه لا يكون مستولا عن عدم إخطار المودع بالعيب^(٢) . وإذا كان المودع عنده في أثناء الحرب موجوداً في مكان معرض للغارات الجوية ، وجب عليه إذا كان مأجوراً أن ينقل الوديعة إلى مكان مأمون إن كان هذا ممكناً^(٣) . فإذا كان غير مأجور وكان ممن ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون وقصر في نقل الوديعة كان مستولا ، أما إذا كان ممن لا ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون فإنه لا يكون مستولا إذا لم ينقل الوديعة^(٤) .

= وذلك ما لم يكن المودع عنده تحمل تبعة القوة القاهرة فيرجع عليه المودع ويرجع هو على شركة التأمين (نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ سيرة ٩٣ - ١ - ٤٧٠) . وإذا كان المودع عنده قد عقد التأمين لمصلحة المودع ، فإن المودع يرجع مباشرة على شركة التأمين . وكذلك يرجع المودع مباشرة على شركة التأمين إذا كان المودع عنده قد عقد التأمين باعتباره وكيله عنه ، أو أمن لحساب صاحب المصلحة ، ويستخلص ذلك من أن المودع قد دفع أقساط التأمين للمودع عنده . (انظر في كل ذلك بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٧٦ - فقرة ١٠٧٨) .

(١) ويجب على المودع عنده أيضاً أن يقوم بالمصروفات لحفظ الشيء من التلف ، على أن يرجع بهذه المصروفات على المودع (پلانيو وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١) . ولا يجب عليه ، كما يجب على المستعير ، أن ينقل الشيء المودع بتفحصه لماله الخاص ، فإن هذا يقتضي نصاً ورد في المارية ولم يرد في الوديعة (بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ - أوبري . ورو إسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣) ، والمستعير متبرع له أما المودع عنده فتبرع أو في القليل مأجور غير مضارب (عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦٦) . وإذا ضحى المودع عنده بماله لإنقاذ الشيء المودع لأنه أكبر قيمة من ماله ، رجع على المودع بما تحمله من الخسارة في ماله . (بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٧٠) .

(٢) قرب بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ مكررة .

(٣) انظر في الفقه والقضاء في فرنسا في تأثير الحرب العالمية الثانية في المسئولية عن الودائع : رودير J.C.P. ١٩٤٢ - ١ - ٢٦٨ - كاربونييه في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٢ ص ٢١٠ - پلانيو وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ مكررة - دريه ٢٢ يناير سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ١ - ٢٠٨ - ليون ٢٢ يوفيه سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٦٢ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٣٤ - أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - پواتيه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٣٥٣ .

(٤) وقد أورد التقنين المدني العراقي تطبيقات مختلفة في تضمين الوديع في النصوص الآتية : =

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن تطبيقاً لما يجب أن يبذله المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور ، من العناية فى حفظ الشيء ، فكانت المادة ١٠٠١ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أوفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها^(١) . وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد التى سلف ذكرها ، لأن المودع عنده ، حتى لو كان غير مأجور ، لا يتصور فيه أن ينزل فى العناية بشئونه الشخصية عن هذا الحد ، ومن ثم يمكن العمل بهذه الأحكام بالرغم من حذف النص . ونجزمى هنا بما جاء فى المذكرة الإيضاحية

م ٩٥٤ : ١ - يجوز للوديع السفر بالوديعة ، وإن كان لها حل ، ما لم ينه صاحبها عن السفر بها أو يعين مكان حفظها أو يكن الطريق مخوفاً ، ففى هذه الأحوال إذا سافر بها وهلك الوديعة كان عليه الضمان . ٢ - على أنه إذا كان السفر ضرورياً وسافر بالوديعة بنفسه وعياله أو بنفسه وليس له عيال ، وهلك ، فلا ضمان عليه مطلقاً . وعليه الضمان ، إذا سافر بالوديعة بنفسه دون عياله إن كان له عيال .

م ٩٥٥ : ١ - إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين ، فعليه ضمانها سواء كان المال الذى خلط بها من جنسها أو من غيره . وإن خلطها غيره خلطاً يتعسر معه تفريقها فالضمان على الخالط . ٢ - أما إذا خلط الوديع الوديعة بماله بإذن صاحبها أو اختلطت بلا صنعه بحيث يتعسر تفريق المالين ، يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة . فإن ملك المال بلا تقصير ، فلا ضمان على الوديع الشريك .

م ٩٥٧ : ١ - إذا أقرض الوديع دراهم الوديعة أو أدى منها دين المودع بلا إذن أو إجازة منه ، ضمنها . ٢ - ومع ذلك إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، وفرضت المحكمة عليه نفقة ودفعها الوديع بأمر المحكمة من النقود المودعة عنده ، فلا يلزمه ضمانها . وإن دفعها بلا إذن المحكمة ، فعليه الضمان .

م ٩٦٠ : الوديعة إذا لزم ضمانها ، فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها ، وإن كانت من القهريات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٤٧ فى الهامش - وقد نصت المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والمقود البناني فى هذا الصدد على أنه « يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدهمها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم فى شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء - فعندئذ يجب على الوديع أن يخطر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق . ويصبح الوديع بمعزل عن الدعوى منذ الساعة التى يثبت فيها أنه وديع لا غير - وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة ، فللوديع أن يستصدر إذنًا فى إيداعها لحساب صاحب الحق » .

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشيء من كل تلف مادي ، كذلك يجب عليه أن يتفادى بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به . فإذا حجز الشيء تحت يده ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقه ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً . وإن أبطأ فى ذلك لأى سبب ، لزمه اتخاذ الإجراءات التى تحفظ مصلحة المودع . ومتى أثبت الوديع صفته ، وجب إخراجه من الدعوى . غير أنه إذا استمر النزاع إلى مابعد المدة المحددة للوديعة ، جاز للوديع أن يحصل على ترخيص فى إيداع الشيء فى خزانة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمة لذلك ، على أن يسلم الشيء فيما بعد إلى من يثبت له الحق فيه » (١) .

وإذا تعدد المودع عندهم ، لم يكونوا متضامنين فى المسؤولية ، لأن مسئوليتهم عقدية لا تقصيرية ، ولم ينص القانون على التضامن (٢) .

٣٥٧ - عدم مسؤولية المودع عن السبب الأجنبي : ولا يكون المودع عنه ، ولو كان مأجوراً ، مسئولاً عن السبب الأجنبي ، حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة . ذلك أن السبب الأجنبي ينشأ علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، فيكون الضرر منسوباً إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المودع عنده ، ومن ثم لا يكون هذا مسئولاً (٣) . وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور : إذ هو لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة ، أو أثبت السبب الأجنبي (٤) . وقد نص تقنين الموجبات والعمود البناني على هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ٩٧ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٦٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المودع عنده لا يكون مسئولاً إذا أضاع الوديعة فى اضطرابات أضاع فيها ماله وفقد حريته (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣٥) . ومع ذلك يكون المودع عنده مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي إذا كان قد أعذر أو كان قد قبل تحمل هذه التبعة (جيوار فقرة ٦٠ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧١ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٣٢ - وانظر م ١٩٢٩ مدنى فرنسى) .

(٤) نقض فرنسى ٢ يولييه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ - ١ - ٣١٣ - ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٩٩ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٣ - أوبرى =

الأحكام ، وإن كان لم يحمل المودع عنده عبء الإثبات إلا إذا كان مأجوراً أو كان لم يقبل الوديعة إلا بمقتضى مهنته أو وظيفته ، فقضت المادة ٧١٤ من هذا التقنين بأنه « لا يكون الوديع مسئولاً عن هلاك الوديعة أو عن تعييبها إذا نجم : ١ - عن ماهية الشيء المودع أو عن وجود عيب فيه أو من فعل المودع . ٢ - عن قوة القاهرة ، ما لم يكن في حالة التأخر عن رد الوديعة . أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة في الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهي على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته »^(١) .

٣٥٨ - الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية : وما قدمناه من القواعد في مسؤولية المودع عنده عن حفظ الشيء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . وكان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٠ مدنى ينص على ذلك صراحة ، فحذف النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه استغناء عنه بالقواعد العامة^(٢) .

ومن تم يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المودع عنده ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها .
مثل تشديد مسؤولية المودع عنده أن يشترط المودع مسؤوليته عن عناية الشخص المعتاد حتى لو كان غير مأجور ، أو أن يشترط مسؤوليته إذا كان مأجوراً عن السبب الأجنبي^(٣) .

= ورر وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١ - دى پاچ ٥ فقرة ٢٠٥ .

(١) انظر أيضاً م ١٩٢٩ مدنى فرنسى - ونرى من ذلك أن خطأ المودع يعتبر سبباً أجنبياً ينشأ عن المساواة عن المودع عنده . وقد قضى بأن المودع مسئول عن ضياع الوديعة المتسبب عن خطأ الفاحش (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤١ ص ٤٢٦) . ولا يعتبر سبباً أجنبياً القوة القاهرة إذا كانت ناشئة عن تقصير المودع عنده ، وقد قضى بأن على المدين الذى يدعى تخلصه بسبب قوة القاهرة أن يثبت أن الحادث القهرى لم يكن ناشئاً عن إهماله أو خطأه . وعلى ذلك فالمودع عنده بأجر يعتبر مسئولاً إذا فقدت الوديعة بسرقه ، وكانت السرقة نتيجة إهمال وقع منه بتركه باب المكان الموضوعة فيه تلك الوديعة مفتوحاً (ملوى ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٤ ص ٢٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٤٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

ومثل تخفيف مسئولية المودع عنده أن يشترط هذا وهو مأجور عدم مسئوليته إلا عن عنايته الشخصية ، أو ألا يكون مسئولاً عن انتعويض إلا في حدود مبلغ معين ولو زاد الضرر على هذا المبلغ^(١) .

وإعفاء المودع عنده من المسئولية يكون بأن يشترط على المودع ألا يكون مسئولاً عن خطأه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوديعة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدي جائز^(٢) . ولكن يبقى المودع عنده ، بالرغم من شرط الإعفاء مسئولاً عن الغش أو الخطأ الجسيم^(٣) :

٣٥٩ - عدم جواز استعمال المودع عنده للوديعة - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وليس له (للمودع عنده) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً »^(٤) .

فالمودع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة ، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها ، بل ليس له ، كما تقول المادة ١٩٣١ مدني فرنسي ، أن يكشف عنها ليعرف ما هي إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مقفل أو في غلاف

(١) أو ألا يكون مسئولاً عن أخطاء معينة (نقض فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٥) .

(٢) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٥٢٦ - ١٥ يولييه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٩ - انظر عكس ذلك أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٢ . ولا يكفي لافتراض قبول المودع بشرط الإعفاء مجرد تعليق إعلان يتضمن هذا الشرط ، إذ يحتمل ألا يكون المودع قد التفت إلى هذا الإعلان (ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ٢ - ٩٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ هامش ٣ - محمد علي عرفة ص ٤٦٩ هامش ١) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٠ (عدم إخطار المودع بما تتعرض له البضاعة المودعة من الخطر الداهم) . نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٥ - ١ - ٦ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٩٩٩ من المشروع المهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٧٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥) .

مختوم^(١) . ويتصل هذا الالتزام السلبي اتصالاً وثيقاً بالزام المودع عنده بحفظ الشيء ، إذ الغرض من الوديعة هو كما قدمنا حفظ الشيء لا استعماله ؛ وإذا كان الشيء ينتج غلة ، وجب على المودع عنده أن يحفظ غلته معه دون أن يفصلها عنه إلا لحفظها ، ويجب عليه في كل حال أن يقدم حساباً للمودع عن هذه الغلة^(٢) .

على أنه يجوز للمودع أن يأذن للمودع عنده في استعمال الشيء ، ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط أن يكون حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد واستعماله ليس إلا أمراً ثانوياً بجانب هذا الغرض الأساسي . فإن كان الاستعمال غرضاً أساسياً ، لم يكن العقد وديعة بل كان عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك^(٣) وقرضاً إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك ؛ ونرى من ذلك أن المودع عنده يجوز له استعمال الشيء بشرطين : أن يكون هذا الاستعمال أمراً ثانوياً بالنسبة إلى الغرض الأساسي وهو حفظ الشيء ، وأن يكون المودع قد أذن له في الاستعمال ، والإذن كما يكون صريحاً قديكون ضمناً ، ويستخلص الإذن الضمني من الظروف . فإذا أودع شخص ساعة

= ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٦/٥٩٤ : ولا يجوز له أن يستعمل الشيء المودع عنده ، وإلا كان ملزماً بالتضمينات . (وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٩٥٦ : ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها ، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت فعليه ضمانها . (وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٧٠٠ : إذا استعمل الوديع الوديعة أو تصرف فيها بلا إذن من المودع ، كان مسئولاً من هلاكها أو تعيها ولو كان السبب فيها حادثاً خارجياً . (وحكم التقنين اللبناني يتفق على حكم التقنين المصري) .

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٨٦-أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣-
بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٥ .

(٢) انظر م ١٩٣٦ مدني فرنسي - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ - محمد علي عرفة ص ٤٦٤ .

مثلاً ، فالغالب أنه لا ممانع في أن ينظر المودع عنده في الساعة ليعرف الوقت ، بل إن للمودع عنده أن « يملأ » الساعة من وقت إلى آخر حتى تستمر في السير^(١) . وكذلك إذا أودع شخص كتباً عند آخر ، فلا مانع من أن يقرأ المودع عنده في هذه الكتب^(٢) بشرط ألا يترك فيها أثراً من القراءة ، وهذا ما لم ينه المودع عن القراءة صراحة أو ضمناً . ويمكن القول بوجه عام إن الإذن الضمني في استعمال الشيء يستخلص إذا كان هذا الشيء غير قابل للاستهلاك بأيسر مما يستخلص فيما لو كان الشيء قابلاً للاستهلاك^(٣) .

وإذا أخل المودع عنده بالتزامه ، فاستعمل الشيء دون إذن صريح أو ضمني ، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أى تصرف آخر ، كان مسئولاً عن ذلك مسئولية مدنية^(٤) ، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبديد بالنسبة إلى المودع^(٥) ، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له^(٦) . والإذن بالاستعمال لا يفترض ، بل يقع

(١) ونرى من ذلك أنه قد يكون من الضروري استعمال الشيء للحفاظ عليه ، كما إذا كان الشيء المودع سيارة فيستعملها المودع عنده من وقت إلى آخر حتى لا تتلف بعدم الاستعمال ، ويجب ألا يزيد في ذلك على المؤلف في مثل هذه الأحوال (محمد علي عرفة ص ٤٦٣) .

(٢) جيوار فقرة ٦٥ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٨١ .

(٣) جيوار فقرة ٦٦ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٧٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٤) وتقول المادة ٢/٩٥٦ مدني عراق في هذا الصدد : « وليس للوديع أن يتصرف في الوديعة بإجارة أو إعاره أو رهن بلا إذن صاحبها ، فإن فعل ذلك وهلك في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، فلها لكها تفصيلين الوديع ، وله تفصيلين المستأجر أو المستعير أو المرتهن . إذا كان عالماً بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها » . وتقول المادة ١/١٧٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبائي : « وكذلك يكون (الوديع) في جميع الأحوال مسئولاً عن الهلاك أو التعييب ولو نجم عن طارئ غير متوقع ، إذا اتجر بالوديعة ، غير أنه يحتفظ بما يكون قد ربحه حينئذ من هذا الوجه . وإذا لم يستعمل إلا جزءاً من الوديعة أو لم يتصرف إلا في جزء منها ، فلا يكون مسئولاً إلا عن هذا الجزء » . واحتفاظ الوديع بالربح يحمل على أنه ثمرة عمله ، مع عدم الإخلال بحق المودع في الرجوع على المودع له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الاتجار في الوديعة .

وإذا تلف الشيء أو هلك أو ضاع ، وجب على المودع عنده أن يثبت ليخلص من المسؤولية أن الاستعمال لم يكن السبب في ذلك (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٨٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦) .

(٥) محمد علي عرفة ص ٤٦٤ .

(٦) ومجرد استعمال الشيء دون التصرف فيه يوجب المساءلة المدنية دون المساءلة الجنائية .

على المودع عنده عبء إثباته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ونصت الفقرة الثانية (من المادة ٧١٩ مدنى) على واجب الامتناع عن استعمال الشئ دون ترخيص المودع بذلك صراحة أو ضمناً . ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره ، لأن الإذن بالاستعمال لا يفترض »^(١) .

٣٦٠ — عدم جواز أن يحمل المودع عنده غيره محله فى حفظ الوديعة —

نص قانونى : تنص المادة ٧٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ليس للمودع عنده أن يحمل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك سبب ضرورة ملجئة عاجلة »^(٢) .

= وقد كان القانون الفرنسى القديم يعرف ما يسميه بسرقة الاستعمال (vol. d'usage) كما عرف سرقة الرهن (vol de gage) ، ولكن هذا النوع من السرقة غير معروف اليوم (پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٦ — چوسران ٢ فقرة ١٣٦٥ ص ٧١١) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٩ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢١ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ — ص ٢٥١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فكان معمولاً به فى عهد هذا التقنين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢١ (مطابق) ويضيف التقنين الليبى فى آخر المادة : « وفى هذه

الحالة يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له الإخطار » .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٩٥٢ : وله (للوديع) أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ

ماله عادة ، وله أن يحفظها عند غير أمينه بعذر .

م ٩٥٨ : ١ — إذا أودع الوديع الوديعة عند أحد ياذن صاحبها ، خرج من العهدة ، وصار

الثانى وديعاً . ٢ — وإن أودعها بلا إذنه عند من لا يأتمنه عادة ، وهلكت بتعدى الوديع الثانى ،

فلصاحبها الخيار إن شاء ضمن الوديع الأول أو الثانى ، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثانى ،

وإن ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد . وإن هلكت عند الثانى بدون تعديه وقبل مفارقة الأول

فلا يضمن أحد منهما ، وإن هلكت بعد مفارقتها فلصاحبها أن يضمن الوديع الأول دون الثانى . =

وهنا نرى أن الوديعة تختلف عن الوكالة ، فقد رأينا في الوكالة أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة ما لم يمنعه الموكل من ذلك^(١) ، أما هنا في الوديعة فإنه يتبين من النص سالف الذكر أنه لا يجوز للمودع عنده أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع . ونرى في ذلك أثراً واضحاً للاعتبار الشخصي الذي لعقد الوديعة ، حتى أنه ليزيد في ذلك على عقد الوكالة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويفرض في الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع ، فلا يجوز للوديع أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ، إذ أن الضرورات تبيح المحظورات^(٢) . ونرى من ذلك أن المودع عنده لا يجوز له أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة إلا في حالتين : (١) إذا أذن له المودع في ذلك إذنّاً صريحاً . (٢) أو إذا اضطر إلى ذلك بسبب

= (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجوز للمودع عنده في التقنين العراقي أن يودع الوديعة عند من يأتمنه على حفظ ماله ولو في غير ضرورة وبغير إذن المودع ، فإذا حصل على إذن المودع خرج من العهدة وارتبط المودع بالوديع الثاني ارتباطاً مباشراً . هذا إلى أن التقنين العراقي يحتوي في المادة ٢/٩٥٨ منه على تفصيلات مأخوذة من الفقه الإسلامي) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٦٩٧ : لا يحق للوديع أن ينيب عنه شخصاً آخر في المحافظة على الوديعة إلا في إحدى الحالتين الآتيتين : ١ - إذا أجاز له المودع صراحة . ٢ - إذا قصت بهذا الاحتفاظ ضرورة ماسة جداً .

م ٦٩٨ : إن الوديع يكون ، فيما خلا الحالة المنصوص عليها في العدد (٢) من المادة السابقة ، مسئولاً عن الشخص الذي ينيبه منابه ، ما لم يتم البرهان على أن الوديعة لو بقيت بين يديه لأنها أيضاً الهلاك أو التعيب بدون أن يرتكب خطأ - أما إذا كان يحق للوديع أن ينيب منابه شخصاً آخر ، فلا يلزمه الضمان إلا في الحالتين الآتيتين : ١ - إذا اختار شخصاً غير حائز للصفات التي تؤهله لحفظ الوديعة . ٢ - إذا استبدل التعليمات التي كانت لديه أو أصدر إلى الشخص الذي أنابه تعليمات نشأ عنها الضرر وإن يكن قد أحسن اختياره .

م ٦٦٩ : يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في عدم جواز إحلال الوديع شخصاً آخر محله إلا في حالتين ، ولكنه يختلف عنه في أنه جعل للمودع دعوى مباشرة تجاه الوديع الثاني ، وفي أنه أورد تفصيلات في مسئولية الوديع الأول عن الوديع الثاني تتفق في مجموعها مع القواعد العامة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

ضرورة ملجئة عاجلة ، كما إذا فجأه داع للسفر ولم يتمكن من رد الوديعة إلى صاحبها فاضطر إلى إيداعها عند من يأتمنه عليها ، أو كما إذا دُوهم بحبس أو اعتقال فلم يتمكن إلا من نقل الوديعة إلى يد تحفظها . وعليه أن يخطر المودع بذلك ، مجرد أن يتيسر له هذا الإخطار^(١) .

وإذا كان مسموحاً للمودع عنده أن ينب عنه غيره في حفظ الوديعة على الوجه المتقدم الذكر ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن خطأ نائبه تجاه المودع ، ما لم يكن هذا الأخير قد أعفاه من هذه المسئولية عندما أذن له في إنابة غيره ، وبخاصة إذا كان المودع هو الذي اختار هذا النائب^(٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا أحل الوديع غيره محله دون إذن بذلك ، كان مسئولاً عن فعل ذلك الغير وإن كان ذلك بإذن المودع ، فيكون الوديع مسئولاً عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب في التعليمات التي أصدرها له بشأن حفظ الشيء : انظر م ١٠٠٦ من التقنين التونسي وم ٧٩٢ عن التقنين المراكشى وم ٦٩٨ من التقنين اللبناني^(٣) .

وإذا تقاضى النائب من المودع عنده أجراً ، جاز لهذا الأخير أن يرجع بهذا الأجر على المودع إذا كان قد أذنه في الإنابة أو كانت الإنابة بسبب ضرورة ملجئة عاجلة^(٤) ، وبشرط ألا يكون المودع عنده يتقاضى أجراً من المودع يدخل فيه أجر النائب^(٥) .

(١) انظر م ٧٢١ مدني ليبي آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ - باريس ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٠٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥١ - أما إذا لم يكن مسموحاً للمودع عنده في إحلال غيره محله في حفظ الوديعة ، وهلك الوديعة في يد الوديع الثاني ولو بقوة قاهرة ، كان الوديع الأول مسئولاً لأنه أخطأ في إحلال غيره محله ، وذلك ما لم يثبت أن الوديعة كانت تملك لو أنها بقيت عنده ، كما إذا نشبت حريق فالتهمت منزل كل من الوديع الأول والوديع الثاني وأنت على ما في المنزلين من أثاث وودائع (محمد علي عرفة ص ٤٦٩) .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٢٣ .

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ .

ويجيز القضاء الفرنسي أن يرجع المودع على نائب المودع عنده بالدعوى المباشرة ، لا فحسب بدعوى الاستحقاق إذا كان المودع مالكاً للشيء ، بل أيضاً بالدعوى الشخصية الناشئة من عقد الإنابة ، ويقيس القضاء الفرنسي دعوى المودع المباشرة قبل نائب المودع عنده على دعوى الموكل المباشرة قبل نائب الوكيل^(١) . ويبدو أن من الصعب مجازاة القضاء الفرنسي في ذلك ، إذ الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص ، وقد وجد هذا النص في الوكالة ولم يوجد في الوديعة^(٢) .

المبحث الثالث

رد الشيء المودع

٣٦١ - نص قانوني : تنص المادة ٧٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

ويحسن أن نورد هذا النص كما ورد في المشروع التمهيدى ، فهو أكثر إحاطة بموضوع الالتزام بالرد ، وقد أصبح بتعديله على الوجه السالف الذكر أقرب إلى انتهاء الوديعة التي حدد لها أجل . ونص المشروع التمهيدى على كل حال يتفق مع القواعد العامة ، وهو يجرى على الوجه الآتى : « ١ - على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره . ٢ - ويرد الشيء المكان الذي يجب

(١) نقض فرنسي ٦ يوليه سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١١٩ - بلانيول وريبير

وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ - انظر عكس ذلك بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ .

(٢) محمد عل عرفة ص ٤٧٠ - وقد أورد تقنين الموجبات والعمود البنائي هذا النص ،

فقضت المادة ٦٩٩ من هذا التقنين بأنه « يحق للمودع أن يقيم للدعوى مباشرة على نائب الوديع

كما لو كانت على الوديع نفسه » (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق . يقضى بغير ذلك^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٧/٥٩٥^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى في التقنين المدني السوري المادة ٦٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٩٦١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١١ والمادة ٧١٤^(٣) .

ونبحث في الالتزام بالرد المسائل الآتية : (١) ما الذي يجب رده . (٢) لمن يكون الرد ومتى وأين يكون . (٣) جزاء الإخلال بالالتزام بالرد .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٧٢٢ مدني في المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه المبين في المتن . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وذكر أنها عدلت « بما يجعل حكمها أدق وأوضح » ، وأصبح رقم النص ٧٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٨٧/٥٩٥ : وعليه (على الويع) أن يردده (الشيء المودع) إلى المودع نفسه أو لمن ينوب عنه .

(وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٩٦١ : على الوديع متى انتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من أثمارها إلى المودع أو من يخلفه متى طلب منه ذلك . ويكون الرد في المكان الذي كان يلزم حفظ الوديعة فيه ، ومصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١١ : يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التي سلمت إليه معها بالحالة التي تكون عليها ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٤ .

م ٧١٤ : لا يكون الوديع مسئولاً عن هلاك الوديعة أو عن تعيبها إذا نجم : ١ - عن ماهية الشيء المودع أو عن وجود عيب فيه أو عن فعل المودع . ٢ - عن قوة قاهرة ، ما لم يكن في حالة التأخر عن رد الوديعة - أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة في الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهي على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - مالذي يجب رده

٣٦٢ - مسائل مهمات : الأصل في الرد أن يكون عينا ، وقد يكون الرد بمقابل ، ويجب أيضاً رد الثمار .

٣٦٣ - الرد عينا : يلتزم المودع عنده ، عند انتهاء العارية ، برد الشيء المودع إلى المودع . والأصل أن يكون الرد عينا ، أى أن يرد نفس الشيء المودع . فترد السيارة المودعة ذاتها ، أو الملابس عينا ، أو الأوراق المالية ، أو البضائع ، أو غير ذلك من الأشياء المودعة . وهذا صحيح حتى لو كان الشيء المودع شيئاً مثلياً وكان يهلك بالاستعمال ، كالأطعمة والغلال والمشروبات ونحوها . والنقود تكون عادة محلاً للوديعة الناقصة ، فتكون قرضاً وتنتقل ملكيتها للمقرض ويرد مثلها كما سئرى . ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية ، أو كيس من النقود ، محلاً للوديعة الكاملة ، فتحتفظ بذاتها لدى المودع عنده ولا تنتقل ملكيتها إليه ، فلا يجوز له التصرف فيها ، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع^(١) . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان الشيء المودع أسهما وسندات ولو كانت لحاملها ، كان للمودع أن يطلب ردها عينا بذواتها وبنفس أرقامها^(٢) ، وله أن يرفض أسهما وسندات أخرى مماثلة لها تماماً^(٣) .

والمودع هو الذى يحمل عبء إثبات ذاتية الشيء المودع إذا حصل

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٨٩ .

(٢) فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز (محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٣) .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ١١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٦٠٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٩٠٣ - ١ - ١٩٠٣ - ١٥ - ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ - ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأسهم والسندات لم تعين بذواتها ، بل اكتفى بتعيين عددها وتقدير قيمتها ، فعند ذلك يرد مثلها في العدد والقيمة ، وتكون الوديعة في هذه الحالة وديعة ناقصة (بودرى ٢٤ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ٢ - ٦٦ - باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ - دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ - ٢٢٨ - ٢٢٨ - ليون ٤ يونيو سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٧٥) . وانظر في إيداع الأوراق المالية على هذا النحو في فرنسا في مصرف مركزى (Sicovam) تتبعه جميع المصارف التى تقبل ودائع الأوراق المالية الفرنسية والأجنبية : پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ مكررة .

خلاف في ذلك ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة^(١) . ويكون الإثبات عادة تجاه المودع عنده حتى يسترد المودع الشيء بعينه ، ولكن يقع أحياناً أن يكون الإثبات تجاه دائي المودع عنده إذا أفلس هذا الأخير حتى يتمكن المودع من انتزاع الشيء المودع من التفليسة دون أن تمتد إليه حقوق الدائنين^(٢) . وأكثر ما يكون الإثبات بكتابة تدل على الوديعة ، فتسلم السيارة مثلاً بمحضر تسليم أو بيان بأوصافها ، وتسجل أرقام الأوراق المالية المودعة باسم المودع في دفاتر المودع عنده . وقد توضع علامات مميزة على الشيء المودع لإثبات الوديعة ، كما إذا ختم كيس النقود أو صندوق المجوهرات المودع بخاتم المودع ، أو وضعت عليه ورقة مكتوبة تحمل اسمه^(٣) .

ويرد الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت الرد^(٤) . غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب ، لم يتخلص المودع عنده من المسئولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه^(٥) ، أو أثبت أن الهلاك أو التلف

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٠ - ويكون للمودع عنده فوق ذلك أن يطالب المودع بإبراز إيصال الوديعة ، ولكن إذا عرض عليه المودع أن يكتب له مخالصة بتسلم الوديعة لم يكن للمودع عنده أن يعترض على ذلك ، إذ أنه بهذه المخالصة يتخلص من المطالبة ، ويجب عليه رد الوديعة في مقابل المخالصة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٥٩ مكررة) . أما إذا كان الإيصال لحامله ، فلا ترد الوديعة إلا لحامل هذا الإيصال (محمد علي عرفة ص ٤٩٢ هامش ٣) .

(٢) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٠٧ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٧ - ٣٠ يونيو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٠١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ .

(٣) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٠٧ - باريس ٦ يولييه سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ - ٢ - ١٨٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ - ٢ - ٤٨ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩١ - محمد علي عرفة ص ٤٧٢ .

(٤) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ - وتقول المادة ٧١١ من تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التي سلمت إليه معها بالحالة التي تكون عليها » (انظر آنفاً فقرة ٣٦١ في الهامش) .

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية : « ويتربط على التزام الوديع بالرد بعد التزامه بحفظ الشيء أنه إذا ظهر وقت الرد أن الشيء أصابه تلف بسبب تقصير الوديع في المحافظة على الشيء ، كان مسئولاً عن ذلك . أما إذا أصابه تلف أو هلاك دون تقصير من الوديع فلا مسئولية عليه في ذلك ، وتكون تبعة التلف أو الهلاك على المودع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٥) .

أو التعيب كان بسبب أجنبي^(١) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) . أما إذا كان الشيء قد ضاع ، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، بخلاف الالتزام بالحفظ فهو التزام ببذل عناية ، وقد قررنا ذلك في الإيجار وفي العارية ، فإن المودع عنده يكون مسئولاً عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة^(٣) .

٣٦٤ — الرد بمقابل — نص قانوني : وإذا تعذر على المودع عنده رد الشيء عيناً ، فقد يحل محل الشيء مقابل له ، وعند ذلك يتعين على المودع عنده أن يرد هذا المقابل للمودع . مثل ذلك أن يكون الشيء المودع سندات فتستهلك (amortis) ويتقاضى المودع عنده قيمتها ، فعليه أن يرد هذه القيمة للمودع^(٤) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون المودع عنده قد أمن على الشيء المودع من الحريق فاحترق ، وتقاضى مبلغ التأمين من الشركة ، فعليه أن يرد هذا المبلغ للمودع أو يحول له حقه قبل شركة التأمين^(٥) . ومثل ذلك أيضاً أن تستولى الإدارة على الشيء المودع للمصلحة العامة ويتقاضى المودع عنده التعويض ، فعليه أن يرد هذا التعويض للمودع^(٦) . ومثل ذلك أن يصدر تشريع بوجوب استبدال الأوراق المالية بالذهب ، فيضطر المودع عنده أن يسلم الذهب المودع ويأخذ بدلاً منه أوراقاً مالية ، فعليه أن يرد للمودع عنده هذه الأوراق المالية^(٧) . وإذا تعدى الغير على الشيء المودع فأتلفه ،

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٧ .

(٣) انظر الوسيط ٦ فقرة ٤١٨ — فقرة ٤١٩ في الإيجار وفقرة ٨٦٤ في العارية . ويورد التقنين المدني العراقي حكماً خاصاً بالإثبات فيما إذا نقصت الوديعة الموضوعة في صندوق منلق أو مطروف مختوم ، وهو حكم مأخوذ من الفقه الإسلامي ، فتقول المادة ٢/٩٦١ من هذا التقنين : « إذا كانت الوديعة موضوعة في صندوق منلق أو مطروف مختوم وتسلمها الوديع دون أن يدري ما فيها ، وادعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شيء منها ، فلا يجب على الوديع الإيمين . إلا أن يدعى المودع عليه الخيانة » .

(٤) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ .

(٥) والمودع عنده أن يسترد من المودع في مقابل ذلك الأقساط التي دفعها لشركة التأمين ، وتعتبر مصروفات واجبة الرد (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧) .

(٦) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١٩ .

(٧) جيوار فقرة ٧٠ — بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١٩ .

واستحق المودع عنده تعويضاً بسبب هذا الإثلاف ، كان عليه أن يرد التعويض ، أو أن ينزل عن دعوى التعويض للمودع^(١) . أما إذا أعدمته الإدارة الشيء دون تعويض تطبيقاً لقوانين الصحة العامة مثلاً^(٢) ، فإن هذا يعتبر هلاكاً بقوة قاهرة ، ولا يكون المودع عنده مسئولاً ، ومن ثم لا رجوع للمودع عليه^(٣) .

وقد يتصرف المودع عنده في الشيء أو يتلفه ، وقد قدمنا أنه يكون مسئولاً عن ذلك مدنياً وجنائياً^(٤) . ويقع أيضاً أن يموت المودع عنده ، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الشيء المودع هو ملك لمورثه وبذلك يخل في التركة ،

(١) جوارفقرة ٧٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١١٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ - فقرة ٤٠٣ ص ١٧٩ - وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يورد المبدأ الذى تنفرع عنه هذه الأحكام ، فنصت المادة ١/١٠٠٤ من هذا المشروع على أنه « إذا هلك الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ماعسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشيء الذى كان يجب رده » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٦ - وانظر ما يلي نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « غير أنه إذا حصل الوديع في هذه الحالة الأخيرة من تسبب في التلف أو الهلاك على تعويض ، أو ثبت له حق المطالبة بتعويض ، فإن العدالة تأبى أن يبرأ هو من التزامه بالرد وأن يحتفظ لنفسه بالتعويض أو بحق المطالبة بالتعويض . فنص في المادة ١/١٠٠٤ على أنه يجب عليه أن يؤدى إلى المودع ما قبض من تعويض ، أو أن يحول إليه ماعسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشيء الذى كان يجب رده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥) .

وقد نصت المادة ٩٦٢ من التقنين المدنى المراقى في هذا المعنى على أنه : « إذا هلك الوديعة بدون تعد أو تقصير من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ماعسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الوديعة » . وتقول المادة ٧١٥ من تقنين الموجبات والعقود البنائى : « إن الوديع الذى انتزعت الوديعة منه بقوة قاهرة ، وأخذ مبلغاً من المال أو شيئاً آخر بدلاً منها » يلزمه رد ما أخذه » .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٧٥ .

(٣) بل إنه يجوز للمودع عنده أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الأمر بإعدام الشيء المودع إذا اقتضى ذلك المحافظة على الصحة العامة أو على الصالح العام (استئناف مختلط • يوفيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ .

فيتصرف فيه . وقد أورد التقنين المدني حكم هذه الحالة ، فنصت المادة ٧٢٣ منه على أنه « إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه للمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عن حقوقه على المشتري . وأما إذا تصرف فيه تبرعاً ، فإنه يلتزم بقيمة وقت التبرع »^(١) . ويجب هنا التمييز بين ما إذا كان الشيء المودع عقاراً أو منقولاً . فإن كان عقاراً ، وباعه الوارث ولو بحسن نية ، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشتري بالبيع لأن البيع قد صدر من غير مالك ، ولذلك يستطيع المودع وهو المالك الحقيقي أن يسترد العقار من تحت يد المشتري ، ولا حاجة لتطبيق المادة ٧٢٣ مدني . ولكن المشتري إذا كان حسن النية قد يملك العقار بالتقادم القصير ، وعند

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا هلك الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدي ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل النير بشأن الشيء الذى كان يجب رده . ٢ - ويسرى هذا الحكم أيضاً على وارث الوديع إذا باع وهو حسن النية شيئاً كان يجهل أنه وديعة . فإن كان الوارث قد تبرع بهذا الشيء ، فإنه يلتزم بقيمته . أما إذا كان المودع فى استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم النص ٧٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٦٠٣/٤٩٤ : من ينوب عن حافظة الوديعة إذا باعها مع عدم علمه بأنها وديعة ، فليس عليه للمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عما له من الحقوق على المشتري ، وأما إذا كان ملكها لأحد مجاناً فعليه قيمتها بحسب التقويم .

(وأحكام التقنين القديم تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل - ولا مانع من تطبيق النص فى العراق لأنه يتفق مع القواعد

العامة .

تقنين الموجبات والعقود البنائى لا مقابل - ولا مانع من تطبيق النص فى لبنان لأنه يتفق مع

القواعد العامة .

ذلك ينطبق نص المادة ٧٢٣ مدني ، ويرجع المودع على الوارث بالثمن . ومن باب أولى يكون هذا هو الحكم إذا لم يكن المشتري حسن النية ولكنه تملك العقار بالتقادم الطويل ، ولم تسقط دعوى المودع قبل الوارث . أما إذا كان الشيء المودع منقولاً ، وكان المشتري حسن النية ، فإنه يملك المنقول بالحيازة ، فلا يستطيع المودع أن يسترده . ولا يبقى أمامه إلا أن يسترد ما يقابله ، وهو الثمن الذي قبضه الوارث أو الدعوى بالثمن إذا كان الوارث لم يقبض الثمن^(١) . فإذا كان الوارث ، بدلاً من أن يبيع الشيء المودع ، وهبه ، فالمقابل في هذه الحالة هو قيمة الشيء وقت التبرع . ولذلك قضت المادة ٧٢٣ مدني كما رأينا بأن المودع يرجع بهذه القيمة على الوارث^(٢) ، فقطعت بحكم يخالف ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين من أن الوارث لا يرد للمودع إلا مقداراً ما استفاد به من اهبة ، فإذا ثبت أنه لو لم يكن الشيء المودع في يده كان يهب غيره من ماله الخاص كما يقع عادة في مهر الأولاد أو في هدايا الخطبة رجع عليه المودع بقيمة ما كان يهبه من ماله الخاص^(٣) .

(١) ويجب أن يحول الوارث حقه بالثمن في ذمة المشتري إلى المودع حوالة حق ، ولا يجوز للمودع أن يرجع مباشرة على المشتري قبل أن تتم هذه الحوالة (لوران ٢٧ فقرة ١٠٩ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢١) - وإذا كان الوارث سئء النية وباع لمشتري سئء النية ، كان للمودع أن يسترد الشيء من المشتري وأن يرجع بالتعويض على كل من الوارث والمشتري لسوء نيتهما . أما إذا باع الوارث سئء النية لمشتري حسن النية ، فإن المودع لا يستطيع الاسترداد من المشتري ، ولكنه يرجع على الوارث بتعويض كامل ولا يقتصر على استرداد الثمن . بقي أن يبيع الوارث حسن النية لمشتري سئء النية ، وهذا نادر ، ويجوز في هذه الحالة للمودع أن يسترد الشيء من المشتري سئء النية مع التعويض إن كان له مقتض .

وإذا استهلك الوارث الشيء ، رد إلى المودع قيمته وقت الاستهلاك ، ولو كان حسن النية ، وذلك ما لم تنزل هذه القيمة وقت الرد فلا يرد إلا هذه القيمة المخفضة (جيوار فقرة ٧٢ - بون ١ فقرة ٤٨٤ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٢ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ٢٥٤ - محمد علي عرفة ص ٤٧٧) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ وهامش ٦ .

(٣) جيوار فقرة ٧٢ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٣ - فقرة ١١٢٤ - وقرب بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٣ يتضمن في آخر النص العبارة الآتية : « أما إذا كان للمودع في استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ =

٣٦٥ - رد الثمار : ويلتزم المودع عنده أيضاً برد الثمار التي ينتجها الشيء المودع^(١) . والأصل هو أن يرد هذه الثمار عيناً مع الشيء المودع ذاته . فإذا كان هذا الشيء أسهماً أو سندات واستحقت أرباحاً ، وجب على المودع عنده أن يرد الأسهم أو السندات وأرباحها معها . وإذا كسب سهم أو سند بجائزة ، وجب رد هذه الجائزة مع السهم أو السند^(٢) . وإذا كان

= ص ٢٥٤ و ص ٢٥٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . ولما كان هذا النص يتعارض مع القواعد العامة ، لأنه يجعل الشيء المودع في حكم الشيء المسروق الذي يبيع في سوق عام ، فيسترده صاحبه بعد رد الثمن والمصروفات ، ولا محل لقياس هذه الحالة على حالة الشيء المسروق ، لذلك لا يسرى هذا الحكم بعد حذف النص . ويتعين تطبيق القواعد العامة ، وهي تقضي بأن يبقى الشيء مملوكاً للمشتري أو الموهوب له ، ولا يجوز للمودع أن يرجع إلا بالثمن أو القيمة على الوارث .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ١٠٠٤/٢ من المشروع (وهي التي تقابل م ٧٢٣ مدني) : « وهناك حالة نص عليها التقنين الحالي (القديم) في المادة ١٠٣/٤٩٤ تشبه في حكمها ما يترتب على هلاك الشيء تحت يد الوديع بدون تقصير منه ، وهي حالة وارث الوديع الذي لا يعلم أن الشيء وديعة ، فيعتقد أنه مملوك لمورثه ، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر . فنص عليها المشروع في المادة ١٠٠٤/٢ ، وفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة أو تبرعاً . في الحالة الأولى أجرى عليها حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٤ ، أى أنه ألزمه بأن يؤدي إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمناً للشيء المودع ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشيء قبل المتصرف إليه . أما في الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل ، فلم يقبض شيئاً حتى يؤديه إلى المودع ، ولم يثبت له حق قبل الغير حتى يحوله إلى المودع ، لذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمتبرع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتمسك بكسب الملكية) ، فوجد أن أولاهم بالرعاية المتبرع إليه ، ثم المودع ، وأقلهم استحقاقاً للرعاية الوارث فألزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشيء » (مجموعة الأعمال ٥ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) .

(١) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - محمد علي عرفة ص ٤٧٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدني كان يجري في فقرته الأولى على الوجه الآتي : « على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره » (انظر آنفاً فقرة ٣٦١) . وتنص المادة ١٠٢/٤٩٣ من التقنين المدني القديم على أنه « يجب في جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتاجها . وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبة بردها مطالبة رسمية » (وتضيف المادة ١٠٢ مدني مختلط : عند وجوب الرد أو من وقت استعمال الوديعة لمنفعة نفسه) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - بلانيسول وريبير وسافاتييه ١١

لمودع الأسهم حق الاكتتاب في أسهم أخرى كما يقع في بعض الأحوال ،
 وجب على المودع عنده أن يحافظ على هذا الحق فلا يضيعه بل يتلقى تعليمات
 المودع في شأنه . فإذا لم يتلق منه تعليمات وجب عليه أن يبيع هذا الحق للغير
 ويرد ثمنه للمودع ، وبهذا يكون قد حافظ على الحق ورد مقابله ، إذ هو
 لا يستطيع أن يكتتب في أسهم أخرى باسم المودع إذا لم يحصل على تركيل
 منه في ذلك^(١) . وإذا كان الشيء المودع حيواناً له نتاج أو أرضاً تنتج
 محصولاً ، وجب عليه أن يرد التناج أو المحصول ، وإذا خشي على شيء منها
 التلف جاز له بيعه ورد ثمنه إلى المودع^(٢) .

وسرى أن وديعة النقود ، ، وهي الوديعة الناقصة ، تعتبر قرضاً ، ومن
 ثم يجوز الاتفاق على أن يتقاضى المودع فائدة على هذا القرض ، وتكون
 هذه الفائدة بمثابة ثمار الشيء المودع^(٣) .

(١) Légal في إيداع الأوراق المالية في البنك - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة
 ١١٧٨ - السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيرييه ١٩٢٥ - ٢ - ٥٧ - پواتييه ٢٨ أبريل
 سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٣٥٣ .

(٢) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ - هذا وتنص المادة ٧١٢
 من تقنين الموجبات والمقود البنائي على أنه (يجب على الوديع أن يرد مع الوديعة ما جناه من
 منتجاتها الطبيعية والمدنية) .

(٣) وقد تكون وديعة النقود وديعة كاملة ترد فيها النقود وبذاتها كما سبق القول (انظر
 آنفاً فقرة ٣٦٣) ، وفي هذه الحالة لا يتقاضى المودع فوائد عنها . ولكن إذا تأخر المودع عنده
 في ردها ، جاز للمودع ، أن يطالب بتعويض عن هذا التأخر بعد إعدار المودع عنده . ويجوز
 أن يكون هذا التعويض هو الفوائد القانونية للنقود من وقت الإعدار . ولا يقال هنا إن فوائد
 النقود لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كانت النقود ديناً في
 الذمة ، أما إذا كانت مودعة على أن ترد بذاتها فإنها تعتبر عيناً معينة ، فلا يشترط للمطالبة بالتعويض
 إلا الإعدار كما في سائر الأعيان (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٠٣ - أوبري ورو وإسمان ٦
 فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - محمد علي عرفة ص ٤٧٣ - وانظر م ١٩٣٦ مدني فرنسي) . وقد جاء
 في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وبما أن الوديع ليس له استعمال الشيء ولا استغلاله ،
 فإن الشيء إذا كان ثماراً وقبضها الوديع ، وجب عليه ردها إلى المودع . . فإن لم يقبض
 ثماراً لا يجب عليه شيء . فإذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود ، فلا يجب عليه فوائد إلا من
 وقت إعداره بردها : م ١٩٣٦ فرنسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥ - وانظر
 م ١٩٣٦/٤٩٣ مدني قديم آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

أما إذا كانت وديعة النقود وديعة ناقصة ، أي قرضاً ، فإنها تصبح ديناً في الذمة ، ولا يتقاضى
 المودع فوائد عنها إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد (محمد علي عرفة
 ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

§ ٢ - لمن يكون الرد ومتى أين يكون

٣٦٦ - لمن يكون الرد : والرد يكون للمودع نفسه^(١) ، لأنه هو الذى تعاقد مع المودع عنده فهو الدائن بالرد . ولا يطالب المودع بإثبات أنه مالك للشيء المودع^(٢) إلا إذا كان يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا ، أما إذا طالب برد الشيء باعتباره مودعا أى بالدعوى الشخصية التى تنشأ من عقد الوديعة ، فيكفى أن يثبت هذا العقد^(٣) . ولا يجوز فى الأصل الرد لغير المودع ، فلو تقدم شخص لتسلم الوديعة وزور إمضاء المودع فى إيصال تسلمها لم يكن هذا الرد مبرئاً لذمة المودع عنده^(٤) ، بل يجب عليه أن يسترد الوديعة من تسلمها

(١) وقد يغيب المودع ويعتبر مفقوداً ، وتقول المادة ٩٦٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد : « إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، فعلى الوديع حفظ الوديعة إلى أن يعلم موته أو حياته . فإن كانت الوديعة لا يتلف بالملك ، فالوديع بيعها بإذن المحكمة وحفظ ثمنها عنده أمانة ، وذلك مع مراعاة القوانين الأخرى » .

(٢) انظر م ١/١٩٣٨ مدنى فرنسى .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ - مونبلييه ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٦٧ . وتقول المادة ٧٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يسلم الوديعة إلى المودع أو إلى الذى أودعت باسمه أو إلى الشخص المعين لاستلامها . ولا يمكنه أن يوجب على المودع إثبات ملكيته للوديعة - ويحق للشخص المعين لاستلام الوديعة أن يقيم الدعوى مباشرة على الوديع لإجباره على رد الوديعة إليه » .

ومع ذلك إذا لم يكن المودع مالكا ، وأخطر المالك المودع عنده ألا يسلم الوديعة للمودع ، فعلى المودع عنده أن يمتنع عن تسليم الوديعة لهذا الأخير ، ولكن لا يجوز له تسليمها للمالك إلا برضاء المودع أو بموجب حكم قضائى . وعليه أن يودعها على ذمة من له الحق فيها (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٢٧٨ - ٦ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ١٢١ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤١٣ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٣٦ وقرة ١١٥٥ وما بعدها - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ - وانظر ١٩٤٤ مدنى فرنسى) . وتقضى المادة ٢/١٩٣٨ مدنى فرنسى بأن المودع عنده إذا علم أن الشيء المودع مسروق يجب عليه أن يخطر المالك وأن يحدد له ميعادا معقولا يطالب فيه بملكه ، فإذا لم يفعل كان للمودع عنده أن يرد الشيء للمودع . ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى ، فلا يجوز للمودع عنده أن يسلم الشيء المسروق للمودع ، وعليه أن يودعه على ذمة من له الحق فيه . أما إذا تلقى المودع عنده الوديعة من السارق نفسه ، وعلم بذلك ، فإنه يجب عليه أن يرد المسروق إلى صاحبه وإلا كان مرتكباً للجريمة إخفاء أشياء مسروقة (پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ - محمد على عرفة ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٣١٩) .

وانظر فى شرح الماهة ٢/١٩٣٨ مدنى فرنسى : بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٣١ - فقرة ١١٣٥ . (٤) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠ - بودرى وقال فى الوديعة

فقرة ١١٣٦ .

ويردها للمودع ، وإذا تعذر ذلك وجب عليه التعويض^(١) . ويقع في كثير من الأحيان أن يكون شخص المودع غير معروف للمودع عنده ، كما في الأشياء التي تودع في المطاعم والمسارح والملاهي والمحلات العامة ، فإن المودع يتلقى عادة تذكرة مرقومة (ticket) يسترد بها الشيء المودع . وتعتبر هذه التذكرة في الودائع المألوفة ، كالمعطف والعصا والمظلة ، سنداً لحامله^(٢) ، فمن يتقدم بها يتسلم الشيء المودع ، ولا مسئولية على المودع عنده إذا حمل هذه التذكرة غير المودع وتسلم بموجبها الشيء المودع . أما في الأشياء الثمينة ، كالخواتم والمصاغ والنقود ، فإنه يجب على المودع عنده قدر معين من الحيلة ، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة لمن يتقدم بالتذكرة أنه هو صاحبها^(٣) . وقد يكون من تعاقد مع المودع عنده هو نائب المودع لا المودع نفسه ، كالوكيل والولي والوصي والقيم ، فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته ، بأن بلغ القاصر أو فك الحجر عن المحجور ، أو كان المودع كامل الأهلية منذ البداية وناب عنه وكيل في الإيداع ، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون الوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم^(٤) . أما إذا كان المودع لا يزال تحت الولاية أو كان وكيله موكلًا أيضاً في استرداد الوديعة ، فإن الرد يكون للوكيل أو للولي أو للوصي أو للقيم^(٥) . ويجب على المودع عنده أن يتثبت.

(١) فإذا قدم الشخص مع الإيصال المزور إيصال تسليم الوديعة ، وكان تسرب هذا الإيصال إلى يده بطلاً من المودع ، كان رد الوديعة إليه صحيحاً مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠) .

(٢) السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٣٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دي پاليه ١٩٥٣ - ٢ - ٦١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ - محمد علي عرفة ص ٤٧٨ - ص ٤٧٩ .

(٣) وتقول المادة ٧٠٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إذا قام بالإيداع وصي أولى بصفة كونه وصياً أو ولياً ولم تبق له هذه الصفة في وقت الاسترداد ، فلا يجوز أن ترد الوديعة إلا إلى الشخص الذي كان المودع يمثله إذا كان هذا الشخص أهلاً للاستلام ، أو إلى الشخص الذي خلف الوصي أو الولي » . وانظر م ١٩٤١ مدني فرنسي - وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٩ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ .

(٤) وعلى المودع عنده أن يستوثق من أهلية من يرد له الوديعة (نقض فرنسي ٥ يونيو سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٦٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٠٨٠ ص ٥٢٠) . ويكون الرد للوصي أو

من صفة من يرد له الوديعة من هؤلاء ، فإذا تعذر عليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة^(١) .

وقد يكون المودع وقت الرد قد مات ، فيكون الرد لوارثه . وإذا تعدد الورثة ، أو تعدد الودعاء من الأصل ، فإن الرد يكون لكل منهم بمقدار نصيبه إذا كان الشيء المودع قابلاً للتجزئة . فإذا لم يقبل التجزئة ، وجب على الورثة أو الودعاء أن يتفقوا فيما بينهم ليتسلموا الوديعة جميعاً أو ليتسلمها واحد منهم يعينونه^(٢) . فإذا لم يتفقوا ، جاز للمودع عنده أن يودعها على ذمتهم وفقاً لأحكام الإيداع^(٣) . ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر ، مادام المودع

= القيم ، إذا كان المودع أهلاً وقت تسليم الوديعة ثم أصبح غير أهل عند الرد . وتقول المادة ٧٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إذا كان المودع شخصاً غير متمتع بالأهلية أو شخصاً أعلن القضاء عدم ملاءته ، فلا يجوز رد الوديعة إلا لمن يمثله على وجه قانوني ، وإن يكن فقدان الأهلية أو فقدان الملاءة قد حدث بعد الإيداع » . انظر م ١٩٤٠ مدني فرنسي ، وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٨ .

(١) استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - فإذا ثبت المودع عنده من صفة الوصي جاز أن يرد له الوديعة ، ولو ثبت بعد ذلك أن هناك وصية من المودع تقضي ببقاء الوديعة في يد المودع عنده وتسليمها للوارث عند بلوغه سن الرشد ، مادام المودع عنده لا علم له بهذه الوصية (استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٨) .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٧ وفقرة ١١٤٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه - فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - وانظر م ١٩٣٩ مدني فرنسي .

(٣) وتقول المادة ٧٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إذا توفي المودع ، فلا يجوز للوديع أن يرد الوديعة إلى غير وارثه أو من يمثله على وجه قانوني - وإذا وجد عدة ورثة ، جاز للوديع أن يختار أحد وجهين : فإما أن يعرض القضية على القاضي ثم يعمل بمقتضى قراره فيرفع التبعة عن عاتقه ، وإما أن يرد إلى كل من الورثة ما يعادل نصيبه وفي هذه الحالة يبقى مسئولاً - وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة ، وجب على الورثة أن يتفقوا ليتسلموا من استلامها - وإذا وجد بينهم قصر أو غائبون ، فلا يمكن رد الوديعة إلا بإذن من القاضي - وإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على هذا الإذن ، فالوديع تبرأ ذمته بإيداع الوديعة وفقاً لأحكام الإيداع ، إما من تلقاء نفسه وإما بموجب حكم من القاضي يصدره بناء على طلب أي كان من ذوي الشأن - أما إذا كانت التركة غارقة ، أو كان هناك أشخاص موصى لهم ، فيجب على الوديع في كل حال أن يرفع الأمر إلى القاضي » . وتقول المادة ٧٠٨ : « إن أحكام المادة السابقة تطبق أيضاً على الحالة التي يكون فيها عقد الإيداع صادراً من قبل عدة أشخاص معاً ، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على أن الوديعة يمكن ردها إلى أحدهم أو إلى الجميع » . وتنص المادة ٩٦٣ مدني عراقي على أنه « إذا أودع اثنان مالا مشتركاً لهما عند شخص ، ثم طلب أحدهما رد حصته =

عنده حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقي ، ويكون الرد مبرئاً لذمته ، ثم يرجع الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر الذى تسلم الوديعة (١) .

وقد يكون المودع عين شخصاً لتسلم الوديعة . فإذا كانت الوديعة لصالح هذا الشخص ، وجب أن يكون الرد له دون المودع ، أو بترخيص منه (٢) . أما إذا كانت الوديعة لصالح المودع نفسه ، فيحمل تعيين هذا الشخص على أنه وكيل عن المودع ، فيجوز رد الوديعة إليه كما يجوز ردها للمودع نفسه ، ويجوز للمودع فى هذه الحالة عزل الوكيل وإعلان المودع عنده بهذا العزل ، وعندئذ لا يجوز لهذا الأخير أن يرد الوديعة إلا للمودع ، ولا يصح ردها للوكيل المعزول (٣) . وإذا مات المودع انعزل الوكيل بموته ، فإذا علم المودع عنده بموت المودع ، وجب عليه رد الوديعة إلى ورثة المودع لا إلى الوكيل الذى انعزل بموت الموكل (٤) . ومع ذلك ترد الوديعة ، حتى بعد موت المودع ، لا إلى ورثته ، بل إلى الشخص الذى يحمل التذكرة المرقومة (ticket) التى تتحول الحق فى تسليم الوديعة ، أو إلى الشخص الذى يحمل إيصال الشحن أو التخزين (récepissé) فى المخازن العامة ، إذ أن كلا من التذكرة

= من الوديعة ، فإن كانت من المثليات كان على الوديع الرد ولو كان شريكه غائباً ، وإن كانت من القيميات فليس له الرد إلا برضاء الشريك الآخر . وتنص المادة ٩٦٤ من نفس التقنين على أنه « إذا أودع اثنان شيئاً متنازعا فيه عند أحد ، فليس له رده لأحدهما دون إذن الآخر أو قرار المحكمة » (وهذه هى الحراسة الاتفاقية) .

(١) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٠ - روان ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ - دالوز ٩٨ - ٢ - ٢٥١ - غلى أن الوارث يحمل عبء إثبات حقه فى الوراثة (نقض فرنسى ١١ يوليو سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٠٥) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ - وتقول المادة ٧٠٢/٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني فى هذا الصدد : « وإذا كان الإيداع لشخص ثالث ، فيجب عليه ألا يرد الوديعة إلا بترخيص منه » .

(٣) بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ وهامش ٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٣ - هيك ١١ « فقرة ٢٤٤ - جيرار فقرة ٨٧ - بون ١ فقرة ٤٨٠ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤٠ - محمد على عزقة ص ٤٨٦ - والنظر م ٧٠٠٣ مدنى فرنسى .

وإيصال الشحن أو التخزين يعتبر سنداً لحامله^(١) . وقد يتفق المودع مع المودع عنده على أن يرد الوديعة بعد موته إلى الشخص الذى عينه . فيكون الرد فى هذه الحالة بعد موت المودع ، لا لوارثه بل للشخص الذى عينه ، إذا تبين أن المودع لم يكن إلا وكيلًا فى الإيداع عن هذا الشخص أو فضوليا قاب عنه فى الإيداع دون توكيل^(٢) . وكذلك يكون الرد للشخص المعين لا للوارث ، إذا تبين أن الوديعة على هذا النحو تخفى وصية مستترة وكانت الوصية جائزة^(٣) . ويكون الرد كذلك للشخص المعين للوارث ، إذا كان الشيء المودع سنداً لحامله الطبيعى هو هذا الشخص^(٤) ، أو إذا كان الإيداع والرد على هذا النحو قد حصل بناء على اتفاق بين المودع وشخص ثالث لمصلحة الطرفين^(٥) . أما إذا كان الاتفاق يخفى وصية غير جائزة أو تصرفاً غير مشروع ، فإن الرد يكون للوارث لا للشخص المعين^(٦) ، وإذا شك المودع عنده فى الأمر فما عليه إلا أن يودع الشيء على ذمة من له الحق فيه^(٧) .

-
- (١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ - ولا يعتبر هذا السند لحامله توكيلاً وإلا انزل حامل السند بالعزل أو بموت الموكل ، ووجب رد الوديعة إلى الموكل نفسه أو إلى ورثته . والصحيح أن حامل السند هو الأصيل لا الوكيل ، فلا يجوز رد الوديعة إلا إليه هو (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤١) .
- (٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ .
- (٣) نقض فرنسى ٢٨ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠ .
- (٤) جرينوبل ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ١٩ .
- (٥) كما إذا كان المودع مديناً رهنًا رهن حيازة ، واتفق مع الدائن المرتهن على إيداع العين المرهونة عند المودع عنده على أن ترد إلى الدائن المرتهن إذا مات الرهن قبل فك الرهن (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ هامش ١) .
- (٦) نقض فرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٤٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ هامش ١٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - بلانيول وريبير بولانجييه ٣٣ فقرة ٢٨٦٧ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤١ - وقلان بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤٤ .
- (٧) وقد يتصرف المودع فى الوديعة لمشتراً أو لموهوب له ، وعندئذ يكون الرد للمتصرف

٣٦٧ - متى يكون الرد : يكون الرد ، كما تقول المادة ٧٢٢ مدني .
 فيما رأينا ، بمجرد أن يطلب المودع ذلك إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة
 المودع عنده ، وبمجرد أن يطلب المودع عنده من المودع أن يتسلم الشيء
 إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع . والأولى أن يقال إن الرد يكون
 عند انتهاء الوديعة ، ونبحث عند الكلام في أسباب الوديعة متى تنتهي الوديعة
 قبل انقضاء الأجل .

ومع ذلك يجوز للمودع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة حتى بعد انتهاء العقد ،
 إذا كان له حق حبسها . ويثبت له هذا الحق إذا كان له في ذمة المودع دين .
 بموجب عقد الوديعة ، كأن أنفق مصروفات على الشيء المودع أو أصيب
 بضرر بسبب الوديعة وأصبح له الحق في الرجوع بالتعويض أو كان له أجر
 في ذمة المودع ، فإن له أن يحبس الوديعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى

= له لأن الحق في الرد انتقل إليه بالتصرف باعتباره من مكملات الشيء المبيع أو الموهوب (الإسكندرية-
 الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ - فقض فرنسي ٢٧ يولييه
 سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤١
 ص ٨١٠ - محمد علي عرفة ص ٤٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٠) . ولا تسرى إجراءات
 حوالة الحق ، لأن الوديعة ليست ديناً في الذمة ، بل هي دين بعين معينة بالذات . وقد قضت محكمة
 مصر الوطنية بأنه متى كان المال موجوداً تحت يد زيد بصفة وديعة ، فيجب عليه دفعه لصاحبه
 أو لمن تنازل له عنه ، ولا يشترط لصحة هذا التنازل رضا المودع عنده لأن هذا الشرط يلزم
 فقط في حالة كون الموجود المال بيده مديناً لا أميناً (مصر الوطنية ٢٥ يولييه سنة ١٩٠٣ الحقوق
 ١٨ ص ٢٩٣) . وقضى في نفس المعنى بأن للمودع الحق المطلق في التصرف في الوديعة ، ولا يشترط
 قانوناً لصحة هذا التصرف رضا المودع عنده به ، لأن أحكام الحوالة لا تنطبق على عقد الوديعة
 وتتناقض مع طبيعتها . فللمودع أن يعين شخصاً لتسلم الوديعة أو أن يبيعها أو أن يتنازل عنها للغير ،
 ويكون لهذا الغير حق تسلمها دون سواء . ولا يصح الاحتجاج عليه بعدم قبول المودع عنده بهذا
 التصرف لأنه ليس مديناً بالمعنى الصحيح ، وسيان عنده بقيت الوديعة في ملك المودع أو تصرف
 فيها للغير ، لأنه ملزم قانوناً بردها بمجرد طلبها ، ولا يغير مركزه إذا كان المطالب بها المودع
 أو أي شخص آخر (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) .
 وكما يكون الرد للمودع ، كذلك يجب على هذا أن يطلب الرد من المودع عنده لا من شخص
 آخر ، فالرأسي عليه المزاك إذا كان قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، ثم أبطل المزاك لميب في الإجراءات ،
 يجب أن يطلب رد الثمن من خزانة المحكمة وهي المودع عندها ، لا من الدائن الذي باشر الإجراءات .
 بدعوى أن على هذا الأخير أن يقوم هو باسترداد الثمن من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٢٧
 ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٠) .

التعويض أو يستوفى الأجر^(١) . وذلك كله وفقاً للقواعد العامة في حق الحبس ، وكذلك وفقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد إذ الوديعة تصبح في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين تسرى عليها هذه القاعدة^(٢) .

كذلك يمتنع المودع عنده عن رد الوديعة للمودع حتى بعد انتهاء العقد ، إذا حجز تحت يده على الوديعة دائن للمودع حجزاً تحفظياً^(٣) . ولا يقتضي الحجز التحفظي سنداً تنفيذياً ، بخلاف الحجز التنفيذي فيقتضي هذا السند^(٤) . كذلك يمتنع المودع عنده عن رد الوديعة إذا رفعت عليه دعوى بالاستحقاق ، أو أخطاه شخص أنه هو المالك للوديعة وطلب إليه ألا يسلمها للمودع^(٥) . ولكن لا يجوز للمودع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة عند انتهاء العقد ، تمسكاً منه بمقاصة بين دين الوديعة ودين له في ذمة المودع ، فإن المقاصة لا تجوز في هذه الحالة . وقد استثنت المادة ٣٦٤ مدني من المقاصة في الديون حالة ما « إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده »^(٦) .

(١) أما إذا كان حق المودع عنده في ذمة المودع لا شأن له بالوديعة ، فلا يكون للمودع عنده حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٩٢) .
(٢) انظر م ١٩٤٨ مدني فرنسي - وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧٥ وما بعدها .

(٣) محمد علي عرفة ص ٤٩٠ .

(٤) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٢ .

(٥) وقد رأينا أن المشروع اتهمى للتقنين المدني كان يتضمن نصاً في هذا المعنى هو تطبيق القواعد العامة ، وكان يجري على الوجه الآتي : « إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أوفرت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، وجاز له أن يحصل على ترخيص في إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها » (انظر آنفاً فقرة ٣٥٦) . وتقول المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني في هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع . وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم في شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء . فعندئذ يجب على الوديع أن يخبر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق ، ويصبح الوديع بمنزل عن الدعوى منذ الساعة التي يثبت فيها أنه وديع لا غير . وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة ، فللوديع أن يستصدر إذناً في إيداعها لحساب صاحب الحق » . انظر أيضاً م ١٩٤٤ مدني فرنسي - وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٣٨ .
وقد يحصل الاعتراض من أقارب المودع إذا تقدموا بطلب الحجز عليه (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٣٨ ص ٦١١ هامش ٣ - محمد علي عرفة ص ٤٩٠) .

(٦) فالمقاصة لا تكون إلا بين المثليات ، والثمن المودع يعتبر شيئاً معيناً بالذات أو ثمن =

٣٦٨ — أين يكون الرد ومصروفاته: رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدنى كان يجرى فى الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « ويرد (الوديعة) الشيء فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تقضى بنفس هذه الأحكام .

أما فيما يتعلق بمكان الرد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فإذا كان المتعاقدان اتفقا على مكان الرد ، كان هو المكان الواجب الرد فيه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، فإن محل الوديعة ، وهو شيء معين بالذات يرد بعينه ، يجب رده فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت إبرام الوديعة^(٢) . أما إذا كانت الوديعة ناقصة ، فإنها تكون ديناً فى الذمة إذ يجب رد مثلها لا عينها ، ومن ثم يكون الرد فى المكان الذى يوجد فيه موطن المودع عنده وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م ٣٤٧/٢ مدنى) .

أما فيما يتعلق بمصروفات الرد ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين (م ٣٤٨ مدنى) ، ومن ثم تكون مصروفات

= عليه المودع عنده، حتى لو كان من المثليات (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - المتصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١١٧ - محمد على عرفة ص ٤٩٢) . ولذلك تجوز المقاصة فى الوديعة الناقصة ، لأنها تكون فى المثليات وتعتبر قرضاً (جيوار فقرة ٢٢ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١١٧) . ومع ذلك انظر فى عدم جواز المقاصة فى الوديعة الناقصة : استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦١ فى المتن والهامش .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٨٩ - وانظر فى القانون الفرنسى المادتين ١٩٤٢ - ١٩٤٣ مدنى فرنسى - هيك ١١ فقرة ٢٥٠ - جيوار فقرة ١٠٢ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ وفقرة ١١٦٠ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨١ . وتنص المادة ٧٠٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناى على أنه « يجب رد الوديعة فى مكان إيداعها ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وإذا كان من المتلقى عليه أن ترد فى مكان غير المكان الذى أودعت فيه ، فعلى المودع أن يقوم بنقطة ردّها ونقلها » .

الرد على المودع عنده . ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر ، وحتى لو اشترط فيها الأجر فهو عادة مبلغ زهيد لا يجعل الوديعة من عقود المضاربة ، .
الذلك يمكن أن يستخلص في يسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع ، « إذ يفرض - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - في الطرفين أنهما قصدا ذلك »^(١) ، حتى لا يجتمع على المودع عنده عبء حفظ الوديعة وعبء تحمل مصروفات ردها^(٢) . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على أن تكون مصروفات الرد على المودع عنده .

§ ٣ - جزاء الإخلال بالتزام الرد

٣٦٩ - دعوى الاسترداد : وإذا لم يتم المودع عنده بالتزامه من رد الشيء المودع ، كان للمودع أن يسترده بدعوى الوديعة ، وهي دعوى شخصية تنشأ من العقد ، ويطلب فيها المودع استرداد الشيء المودع بعينه هو وملحقاته وثماره^(٣) . ويرفع الدعوى على المودع عنده ، أو على ورثته

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٦٠ .

(٣) ويعتبر تقنين الموجبات والعقود البناني المودع عنده معذراً بمجرد تأخره دون سبب مشروع عن رد الوديعة بعد أن طلب إليه المودع الرد ، فتقول المادة ١/٧٠٢ من هذا التقنين : « إن الوديع الذى يطلب منه المودع رد الوديعة يعد في حالة التأخر لمجرد تأخير منه لا يبرره سبب مشروع » . وقد أخذت محكمة النقض بهذا المبدأ ، فقضت بأنه إذا بنت المحكمة قضاءها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التي تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت في ذمته وأنه منعها من استردادها وأهمل إهمالاً غير يسير في المحافظة عليها ، فلا تريب على المحكمة في ذلك ، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانوناً برد الوديعة متى طلب منه ذلك ، وعن التزامه بالمحافظة عليها بنير تقصير جسيم . ومادامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم في المحافظة عليها ، ولم تخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبينته بحق من أوراق الدعوى وظروفها ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض . .
وليس صحيحاً أن مسئولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسمياً برد الوديعة ، ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسئولية المدنية المترتبة على هلاك الشيء المودع ، فضلاً عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب كل تكليف رسمي آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤١ ص ٦٣٢) . انظر أيضاً استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ١٣٩ ص ٤٨٥ .

بعد موته . وإذا تعدد الورثة أو الودعاء ، وكان الشيء المودع في يد أحد منهم ، جاز رفع الدعوى عليه وحده ، إذ هو ملزم بالرد دون حاجة إلى رضا الآخرين^(١) . أما من لم يكن الشيء المودع في يده ، فيجوز رفع دعوى الاسترداد عليه ولكن بمقدار نصيبه^(٢) . ولا يكون الورثة أو الودعاء متضامنين في الالتزام بالرد ، إذ أن هذا الالتزام عقدي ولا يوجد نص على التضامن^(٣) . وإذا كان الشيء المودع موجوداً في مكان معين ، جاز الحصول على أمر من القاضي لفتح هذا المكان وإخراج الشيء المودع منه وتسليمه إلى المودع^(٤) . وتتقدم دعوى الاسترداد الشخصية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت انتهاء الوديعة وحلول الالتزام بالرد^(٥) .

وللمودع كذلك ، إذا كان مالكاً ، أن يرفع دعوى الاسترداد العينية وهي دعوى الملكية . وله في سبيل ذلك أن يوقع على الشيء ، إذا كان منقولاً ، حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة ٦٠٣ مرافعات ، وتقضى بأن « المالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند من يحوزه » . ولا تسقط دعوى الملكية بالتقدم المسقط^(٦) ، ولكن يجوز أن تكسب ملكية الشيء المودع إذا انتقل إلى حائز بالتقدم المكسب الطويل أو القصير . أما إذا بقي الشيء في يد المودع عنده أو في يد ورثته ، فالحيازة مشوبة بالغموض ، ومن ثم لا تؤدي إلى كسب الملكية إلا إذا غير الحائز نيته وبين في وضوح أنه يحوز الشيء كمالك . وإذا كان الشيء منقولاً وانتقل إلى حائز حسن النية بسبب صحيح ، ماله هذا بالحيازة .

(١) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ - جوار فقرة ٩٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٥ . محمد كامل مرسي فقرة ٣١٦ ص ٤٢٤ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٥ ص ٦٠٦ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ .

(٣) أما في تقنين الموجبات والعقود البناني فيوجد نص على التضامن ، إذ تقضى المادة ٧١٦ من هذا التقنين بأنه « إذا وجد جملة ودعاء ، كانوا متضامنين فيما يختص بالموجبات والحقوق الناشئة عن الإيداع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

(٤) ويقع ذلك عادة إذا كان المودع عنده غائباً ولا يعلم مكانه (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٠٨) .

(٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - محمد علي عرفة ص ٥٠٠ .

(٦) محمد علي عرفة ص ٥٠٠ .

٣٧٠ — دعوى التعويض : وإذا تعذر على المودع استرداد الشيء عينا ، رجع على المودع عنده بالتعويض^(١) . والتعويض هنا هو قيمة الشيء المودع وقت الرد^(٢) . فإذا زادت القيمة في أثناء الدعوى ، وجب رد القيمة وقت الحكم حتى يكون التعويض كاملا^(٣) . ويقع أن يقوم الطرفان الشيء وقت الإيداع ، فيعتد بهذه القيمة المتفق عليها^(٤) . وإذا كان الشيء المودع من المثاليات ، وآثر المودع بدلا من التعويض النقدي أن يسرد مثل الشيء المودع على سبيل التعويض ، كان له ذلك^(٥) .

(١) ومتى تعذر رد الوديعة عينا ، لم يبق إلا التعويض . فلا يجوز للمودع أن يصر على الاسترداد عينا تحت طائلة غرامة تهديدية ، إذ أن الرد عينا غير مستطاع . وقد قضى بأنه مع اعتراف المودع عنده يفقد الوديعة لا يكون للمودع حق بأن يطلب رد ماضع ، وما من وجه شرعى للمحاكم لأن تحكم بذلك الرد وأن تقضى بغرامة يومية على المودع عنده حتى يحصل الرد المذكور ، لأن ذلك أمر بما لا يستطاع وتحكم لا تساعد المبادئ القانونية عليه وإعنات لغير أجل معلوم (مصر الكلية ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٨) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤١ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ . وذهب رأى إلى أنه يعتد بالقيمة وقت الإيداع لا وقت طلب الرد (إكس أول ديسمبر سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ — ٢ — ٤١ — مارسيليا الابتدائية ١١ نوفمبر ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ — ٥ — ١٠) . وذهب رأى آخر إلى أنه يعتد بأكبر القيمتين ، القيمة وقت الطلب والقيمة وقت الإيداع (جوار فقرة ٧٨ — محمد على عرفة ص ٤٧١) . وتقدير القيمة مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ ملحق المحاماة ، ٢٠٧ رقم ٢٨ ص ٦٨ — نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيرييه ١٩٢٨ — ١ — ١٩٧ — محمد على عرفة ص ٤٧١) . على أنه إذا باع المودع عنده الشيء المودع ، ثم نقصت قيمته وقت الرد عن الثمن ، وجب على المودع عنده رد الثمن كاملا ولا يكتفى برد القيمة وقت الرد ، لأن الثمن قد حل محل الشيء فهو المقابل له (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ — ٢٢٥ — حيوار فقرة ٧٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩) .

(٣) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ — كذلك يجب التعويض عن جميع الأضرار الأخرى التى تلحق المودع من جراء عدم تسلمه الوديعة ، أو من جراء تأخره فى تسلم الوديعة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١١٠) .

(٤) السين ٢٤ يوفيه سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣ — ٢ — ١٦٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ — وقد يزداد التعويض على القيمة المقدرة في حالة الفش أو الخطأ الجسيم في جانب المودع عنده (باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ — ٢٣ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦) .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٤٨ جازيت دى پاليه ١٩٤٨ — ٢ — ١٧٩ — ليون ٤ يوفيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ — ٢ — ٧٥ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

وقد يكون الشيء المودع نقوداً ترد بعينها في وديعة غير ناقصة ،
فالتعويض هنا يكون مثل هذه النقود في القيمة مع الفوائد القانونية من وقت
الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية لأن النقود هنا أصبحت عيناً معينة^(١) .
وإذا استعمل المودع عنده النقود لمصلحته ، وجبت عليه الفوائد القانونية من
يوم الاستعمال وذلك على سبيل التعويض^(٢) .

٣٧١ - الدعوى الجنائية : وإلى جانب المسؤولية المدنية على النحو
الذي قدمناه ، يكون المودع عنده مسئولاً مسئولية جنائية إذا هو تصرف
في الشيء المودع ، ولم يردده لصاحبه .

ومسؤوليته هذه على وجهين . فهو قد أضر أولاً بالمودع عنده بتبديده
الشيء المودع ، ومن ثم يكون مرتكباً لجريمة التبديد . وقد نصت المادة ٣٤١
من تقنين العقوبات على أن « كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو
أمتعة ، أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك
أو مخالصة أو غير ذلك لإضراراً بمالكها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها ،

-
- (١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٥ في الهامش - وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٠٥ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ - استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧ -
أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - وكان التقنين المدني المختلط صريحاً في هذا المعنى ،
إذ كانت المادة ٦٠٢ منه تنص على أنه « يجب في جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها
أن يرد أيضاً محصولها وناتجها ، وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبة بردها مطالبة
رسمية عند وجوب الرد ، أو من وقت استعمال الوديعة لمنفعة نفسه » . انظر أيضاً في هذا المعنى
محمد كامل مرسي فقرة ٣١٧ ص ٤٢٦ - محمد علي عرفة ص ٤٧٤ . وإذا كانت الوكالة قد ورد
فيها نص صريح في هذا المعنى (٧٠٦ مدني) ، وكذلك الشركة (٥٢٢ مدني) ، ولم يرد مثل هذا
النص في الوديعة . فلا يمكن أن يؤخذ من ذلك أكثر من أن الوديعة قد تركت للقواعد العامة . وهذه
القواعد تقضي بأن المودع عنده إذا استعمل الوديعة لمصلحة نفسه يكون قد خالف التزامه بعدم
استعمال الوديعة ، ووجب عليه التعويض ، ولا شك في أن الفوائد القانونية هي خير معيار
للتعويض في هذه الحالة - انظر عكس ذلك : لوران ٢٧ فقرة ١١٢ - هيك ١١ فقرة ٢٤٣ -
بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١١ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا قام المودع عنده أوراها بالوديعة فكسب ، وجب رد
المكسب إلى المودع (بون ١ فقرة ٤٦٩ - عكس ذلك جيوار فقرة ٧٥ - بودري وقال في الوديعة
فقرة ١١١٢) . والصحيح في رأينا أنه لا يرد المكسب إذ لا يجوز اعتباره ثماراً مدنية للوديعة ،
ولكنه يرد المبلغ المودع مع فوائده القانونية .

وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة . . يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه . . ويلاحظ أن المودع عنده إذا باع الوديعة وقبض ثمنها ، فعوقب بعقوبة التبديد ، ورجع عليه المودع بالتعويض ، لم يكن لهذا الأخير حق امتياز على الثمن الذي قبضه المودع عنده أو على حقه في الثمن في ذمة المشتري إذا كان لم يقبضه ، بل يشارك فيه سائر دائئي المودع عنده مشاركة الغرماء^(١) .

والمودع عنده أضر من وجه آخر بالشخص الذي تصرف إليه في الشيء ، فهو قد تصرف فيما لا يملكه ، ويكون بذلك مرتكباً لجرمة النصب . وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على أن « يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنهماً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أى متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما . . وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه . . » .

الفرع الثاني

التزامات المودع

٣٧٢ - **التزامات ثلاثة** : يلتزم المودع بدفع الأجر إذا كان مشروطاً ، وبرد المصروفات التي أنفقها المودع عنده في حفظ الوديعة ، وبتعويض المودع عنده عن كل مالحقه من خسارة بسبب الوديعة . وهذه هي ، كما رأينا^(٢) ، تنص التزامات المودع .

المبحث الأول

دفع الأجر

٣٧٣ - **نص قانوني** : تنص المادة ٧٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) نقض مدني ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٣٦٧ - بلانيول وريبير

وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

« الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »^(١).
ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٤٨٢/٥٩٠ و ٤٨٣/٥٩١^(٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٩٠/٢^(٣).
ويستخلص من النص المتقدم الذكر أنه يجب التمييز في الوديعة ، كما ميزنا في الوكالة ، بين فرضين : (الفرض الأول) أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين المودع والمودع عنده . (والفرض الثاني) أن هذا الاتفاق موجود .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا كانت الوديعة بأجر ، وجب على المودع أن يؤدي الأجر في الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . فإذا كان الأجر مقسماً على فترات من الزمن ، استحق الأجر عن كل فترة في نهايتها . ٢ - أما إذا لم يعين أجر في العقد ، اعتبرت الوديعة أنها دون أجر . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٥٦ في المشرع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨) .
(٢) التقنين المدني القديم م ٤٨٢/٥٩٠ : الإيداع عقد به يسلم إنسان منقولا لإنسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجره كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

م ٤٨٣/٥٩١ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع في العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

(وأحكام التقنين المدني القديم فيما يتعلق بالأجر تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد ، ويجعل التقنين المدني القديم الوديعة المأجورة في حكم المقولة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٨ : ليس للمودع أن يأخذ أجرة على حفظ الوديعة ، ما لم يشترط

ذلك في العقد . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٩٠/٢ : ولا يحق للمودع أجر ما على حفظ الوديعة ،

إلا إذا اتفق الفريقان على العكس . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

٣٧٤ - **يوجد اتفاق على الأجر** : جاء في صدر المادة ٧٢٤ مدني سالفه الذكر : « الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر » . فإذا لم يوجد بين المودع والمودع عنده اتفاق على الأجر ، كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان المودع عنده متبرعاً . ولا تكون الوديعة في هذه الحالة قد خرجت فحسب من نطاق عقود المضاربة ، بل تكون أيضاً قد دخلت في نطاق عقود التبرع . فالوديعة حتى لو كانت بأجر ليست من عقود المضاربة كما قدمنا^(١) ، ولكنها قد تكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر ، فإذا لم يشترط كانت من عقود التبرع .

٣٧٥ - **يوجد اتفاق على الأجر** : ومخلص مما تقدم أن المودع عنده لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك^(٢) . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، كما يكون ضمناً . ويستخلص الاتفاق الضمني على الأجر عادة من حرفة المودع عنده ، فالإيداع في المخازن العامة وفي مخازن الاستيداع بالجمارك وفي محطات السكك الحديدية وفي الجراجات العامة يفرض فيه أن يكون بأجر^(٣) . وإذا لم يعين مقدار الأجر ، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضي . ولا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه لا بالنقص ولا بالزيادة ، وفي هذا تختلف الوديعة المأجورة عن الوكالة المأجورة^(٤) . وتتميز الوديعة المأجورة عن المقاوله في أمرين^(٥) : (أولاً) في أن الوديعة حتى لو كانت مأجورة

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٤ .

(٢) والملازم بدفع الأجر هو المودع ولو لم يكن مالئاً ، ولا يلتزم به المالك إذا لم يكن هو المودع لأنه ليس طرفاً في عقد المقاوله وهو العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع الأجر (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧٣ - محمد علي عرفة ص ٤٩٦) .

(٣) پلانيول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١١٨٤ - محمد علي عرفة ص ٤٩٥ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف التجاري يجعل للتاجر الحق في الأجر على ما يتسلمه من البضائع على سبيل الوديعة (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٨ .

(٥) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الوديعة المأجورة تكون مقاوله إذا كان الأجر مجزياً يتكافأ مع الجهد الذي بذله المودع عنده في حفظ الوديعة ، أما إذا كان الأجر زهيداً فتبقى الوديعة المأجورة عقد وديعة . وبحسب هذا الرأي يكون الإيداع في المخازن العامة أو عند من يحترف مهنة الاستيداع عقد مقاوله لا عقد وديعة (بون ١ فقرة ٣٧٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٨ - فقرة ١١٧٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩) . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الوديعة المأجورة =

ليست في الأصل من عقود المضاربة ، ولا يبغي المودع عنده من ورائها الكسب ، إلا إذا كان محترف مهنة الاستيداع^(١) . أما المقاوله فهي من عقود المضاربة ، ويبغي المقاول الكسب من ورائها . (ثانيا) في أن الغرض الأساسي من الوديعة هو حفظ الشيء والحفظ هو الالتزام الجوهرى فيها كما سبق القول^(٢) ، أما المقاوله فقد لا تقع على الحفظ أصلا ، وإن وقعت فالحفظ فيها يكون أمراً ثانوياً غير مقصود لذاته^(٣) .

ووقت الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان ، ويدفع حمله واحدة أو على أقساط في مواعيد معينة ، فإذا لم يتفق على وقت كان الأجر مستحقاً في الوقت الذى يعينه العرف . فإن لم يوجد عرف ، كان الدفع في الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة (م ٧٢٤ مدنى) . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد ، استحق المودع عنده من الأجر بنسبة المدة التى بقى فيها الشيء في حفظه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الأصل في الوديعة أن تكون دون أجر ، إلا إذا نص في العقد على أجر فيكون واجباً . وفي هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة ، فيصير مستحقاً في الوقت الذى ينتهى فيه حفظ

= تكون مقاوله ، أيا كان مقدار الأجرة ولو كان زهيداً (ديرانتون ١٨ فقرة ٢٠ - ترولون فقرة ١١ وما بعدها - ديشرجيه فقرة ٤٠٩ - لوران ٢٧ فقرة ٧٧ - جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٧ وفقرة ٥٥ - هيك ١١ فقرة ٢٣١ - وانظر م ٤٨٣ / ٥٩١ من التقنين المدنى القديم . ويذهب رأى ثالث إلى أن الوديعة المأجورة هى عقد قائم بذاته تمكن تسميته بعقد الحفظ (contrat de garde) (تنك في عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - وقارن أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٢) . والصحيح أن الوديعة المأجورة تبقى وديعة ولو كان الأجر فيها غير زهيد ، وأن الوديعة كالوكالة قد تطورت في العصر الحديث فغلب عليها الأجر بعد أن كان يغلب عليها التبرع (جوسران ٢ فقرة ١٣٦٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ - وإذا تعدد المدعون ، فلا تضامن بينهم في الالتزام بدفع الأجر إلا إذا اشترط ، لأن الالتزام عقدى ولا يوجد نص على التضامن . ولكن للمودع عنده حبس الوديعة حتى يستوفى الأجر ، طبقاً للقواعد العامة في الحبس ولأحكام الدفع بعدم تنفيذ العقد (هيك ١١ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٧٤ - بلانيول وريبير . وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٤) .

الوديعة ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك . وإما أن يكون مقسطاً على فترات من الزمن ، فيستحق الأجر عن كل فترة في نهايتها . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه ، فإن تطبيق القواعد العامة يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من التزامه بحفظ الشيء ، غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصداً غير ذلك فقصدهما أولى بالاتباع : انظر في هذا المعنى المادة ٦٩٩/٢ من التقنين الألماني^(١) .

ويكون مكان الدفع ، طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، في الجهة التي يتفق عليها المتعاقدان ، فإن لم يوجد اتفاق فالعرف . فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، كان الدفع في موطن المدين أي المودع ، أو في الجهة التي فيها مقر أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال .

المبحث الثاني

رد المصروفات

٣٧٦ — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء .. »^(٢) ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم العبارة الأولى من المادة ٤٨٨ فقرة أولى/٤٩٦^(٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١ - وانظر م ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى آنفاً فقرة ٣٧٣ في الهامش .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٤) .

(٣) التقنين المدني القديم م ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦ : وعلى المودع أن يؤدي لحافظ الوديعة المصاريف المنصرفة منه لحفظها ..

(وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

المادة ٦٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١٧^(١).

٣٧٧ - أنواع المصروفات التي يجب ردها : ويخص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم برد ما أنفقه المودع عنده من المصروفات في حفظ الشيء . ويجب أن تفهم عبارة « حفظ الشيء » هنا على أنها تشمل حفظ الشيء من الهلاك إذا تعرض لخطر ، وكذلك الحفظ العادي للشيء إذا اقتضى هذا الحفظ مصروفات ما . فإذا أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى تقتضي حفظها في مكان أمين وإقامة حارس عليها ، فإن ما ينفقه المودع على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك كرشها بمبيدات الحشرات وتنقيتها حتى لا تتلف وكأقساط التأمين التي يدفعها للشركة لتأمينها من الحريق والسرقة ، وما ينفقه في حفظ المنقولات الحفظ العادي كأجرة المكان وأجر الحارس ، كل هذا يرجع به المودع عنده على المودع . كذلك يرجع بمصروفات الصيانة المعتادة ، كعلف الحيوان وتشحيم السيارة وتزييتها وتعهد الشيء المودع بالتنظيف المعتاد ونحو ذلك . أما المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية ، فلا يرجع بها إلا بموجب القواعد العامة ، وليس الالتزام بردها ناشئاً من عقد الوديعة ، بل هو ناشئ من فعل الإنفاق^(٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٦ : الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصاريفها على صاحبها . فإن كان غائباً وكانت مما يستأجر ، فللوديعة أن يؤجرها بإذن المحكمة وينفق عليها من أجرها . وإن كانت مما لا يستأجر ، فله بعد إذن المحكمة إما أن ينفق عليها من ماله ويرجع على المودع ، وإما أن يبيعها وفقاً للإجراءات التي تقررها المحكمة ويحفظ ثمنها عنده . (وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١٧ : على المودع أن يدفع إلى الوديعة نفقات حفظ الوديعة . . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٣ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ١ - پلاتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٠٨٤ ص ٥٢٣ - محمد علي عرفة ص ٤٩٣ - ص ٤٩٤ .

وهذا بخلاف مصروفات الحفظ ومصروفات الصيانة على النحو الذي قدمناه، فإن الالتزام بردها ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، إذ النص (م ٧٢٥ مدني) صريح في جعل المودع يلتزم برد هذه المصروفات باعتبار أنه مودع أى بموجب عقد الوديعة^(١) . ويترتب على ذلك أن الذي يلتزم برد المصروفات هو المودع ولو لم يكن مالكا ، أما المالك فلا يلتزم بها إلا بموجب القواعد العامة ، أى بموجب فعل الإنفاق لا عقد الوديعة^(٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن الوديعة تكون عقداً ملزماً للجانبين إذا أنشأت التزاماً برد المصروفات أو أنشأت أى التزام آخر في جانب المودع . وقد قدمنا مثل ذلك في عقد العارية ، وقررنا أن التزام المعير برد المصروفات ينشأ من عقد العارية ذاته^(٣) . ولا تجب الفوائد على المصروفات التي يلتزم المودع بردها إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة^(٤) . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن الموكل يدفع الفوائد على المصروفات التي ينفقها الوكيل من وقت الإنفاق ، وذلك بموجب نص خاص ليس له مقابل في الوديعة^(٥) . كذلك إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين^(٦) ، بخلاف الموكائين

-
- (١) ومع ذلك قد ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « ويقع أحياناً أن ينفق الوديع مصروفات لازمة لحفظ الشيء المودع لديه ، فيجب على المودع طبقاً للقواعد العامة أن يرد إليه هذه المصروفات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) .
- (٢) ولذلك إذا رد المودع عنده الوديعة للمالك لا للمودع ، جاز له أن يطالبه برد المصروفات ، ولكن لا على أساس عقد الوديعة فالمالك لم يكن طرفاً فيها . بل على أساس واقعة الإنفاق (جوار فقرة ٣١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٦٦ - محمد على عرفة ص ٤٩٦) .
- (٣) الوسيط ٦ فقرة ٨٤٦ - ويجوز أن يتفق في عقد الوديعة على أن يدفع المودع عنده مصروفات حزم البضاعة وتصديرها والضريبة الجمركية ، على أن يرجع بكل ذلك على المودع (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٩) .
- (٤) لوران ٢٧ فقرة ١٢٩ - بون ١ فقرة ٥٠٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٣ - محمد على عرفة ص ٤٩٤ - وقرب پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ - وهناك رأى يذهب إلى استحقاق الفوائد من وقت الإنذار قياساً على الوكالة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ - جوار فقرة ١١٠ وفقرة ١١٣) . ولكن النص الوارد في الوكالة نص استثنائي لا يجوز القياس عليه (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٤) .
- (٥) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .
- (٦) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ - جوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٧٤ - پلانيوم وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٤ - محمد على عرفة ص ٤٩٩ .

المتعديدين فإنهم متضامنون بموجب نص خاص^(١) ليس له هنا أيضاً مقابل . ولكن يضمن رجوع المودع عنده بانصروفات حق الحبس ، بموجب القواعد العامة في حق الحبس وفي مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد^(٢) . وإذا كانت المنصروفات ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ولترميمه ، كان لها حق امتياز على الشيء المودع وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدني .

المبحث الثالث

التعويض عن الضرر

٣٧٨ — نص قانوني : تنص العبارة الأخيرة من المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وعليه (المودع) أن يعرضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة^(٣) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٢) ويحتج بحق الحبس لا قبل المودع وحده ، بل أيضاً قبل المالك والمشتري من المالك ودائني المودع (بون ١ فقرة ٥١١ — جيوار فقرة ٣١ و فقرة ١١٥ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨١ — محمد علي عرفة ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ — بودري وقال في الوديعة . فقرة ١١٧٦ : ولكنهما لا يجعلان حق الحبس نافذاً في حق المالك انظر فقرة ١١٧٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأخيرة من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « وعليه (المودع) أن يعرضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، إلا إذا لم يعلم السبب الذي كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة ، أو لم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطار » . فحذفت في لجنة المراجعة آخر عبارة في النص اكتفاء بالقواعد العامة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٤) .

(٤) التقنين المدني القديم م ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦ : ويعطيه (المودع عنده) بدل الخسارات التي نشأت له عنها (الوديعة) . (وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١٧^(١) .

٣٧٩ - تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة :
ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم بتعويض المودع عنده عما يصيبه من الضرر بسبب الوديعة ، والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة . فإذا كان في الشيء المودع عيب خفي - كمرض معد في الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده - وجب على المودع أن يخطر به المودع عنده حتى يتخذ هذا الاحتياطات اللازمة لمنع العدوى ، وإلا كان مسئولاً عن تعويض المودع عنده . فإذا لم يقصر المودع في ذلك وأخطر المودع عنده بالمرض ، أو كان هذا عالماً به دون إخطار ، فإنه لا يكون مسئولاً^(٢) . وقد تستحق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٧ : ١ - إذا استحققت الوديعة وضمنها الوديع ، فله الرجوع

بما ضمنه على صاحبها . ٢ - وعلى المودع بوجه عام أن يعرض الوديع عن كل ماله من خسارة بسبب الوديعة إذا كانت هذه الخسارة ناجمة عن فعل المودع .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١٧ : على المودع . . أن يعرضه (المودع عنده) من

الخسائر التي أصابته بسبب الإيداع .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ولكن المودع يكون مسئولاً حتى لو كان لم يعلم بالعيب ، ولم يعلم به المودع عنده حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٧ - محمد علي عرفة ص ٤٩٤ - ص ٤٩٥) . وانظر عكس ذلك المشروع التمهيدى وكان ينتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا لم يعلم (المودع) السبب الذي كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة أو لم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطار » . فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٩ وص ٢٦٣ وانظر آنفاً فقرة ٣٨٧ في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكذلك قد يحدث أن الشيء المودع قد يتسبب في إلحاق خسارة بالوديع ، كما إذا كان به عيب مما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع . ففي هذه الحالة يكون المودع مسئولاً عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك ، ما دام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب ، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب ولم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، إذ لا يكون حينذاك مقصراً في عدم تنبيه الوديع ، أو كان الوديع قد علم بوجود =

الوديعة في يد المودع عنده ، فإلم يتقدم المودع لتلقى دعوى الاستحقاق بنفسه في الوقت المناسب ، فإن ما يصيب المودع عنده من خسائر ومصروفات بسبب دعوى الاستحقاق يرجع به على المودع^(١) . وليس المودع عنده ملزماً ، كما ألزم المستعير (م ٢/٦٤١ مدني) ، بأن يتحاشى هلاك الشيء المودع باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو بأن يختار إنقاذ الشيء المودع بدلاً من إنقاذ ملكه^(٢) . ولكنه إذا فعل ذلك ، جاز له الرجوع بما تحمله من الخسارة لإنقاذ الشيء المودع ، بشرط ألا يزيد ما يتقاضاه عن قيمة الشيء المودع^(٣) . ولا تجب الفوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، وإذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين في التزامهم بالتعويض ، ويضمن الرجوع بالتعويض حق الحبس^(٤) ، وقد تقدم مثل ذلك الالتزام برد المصروفات^(٥) .

= العيب دون أن يخطره المودع به إذ لا يكون تقصير الوديع في التنبيه هو السبب المباشر في وقوع الضرر ، وإنما سببه المباشر هو عدم احتياط الوديع لتفادي حدوث الضرر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) . وبجذف العبارة المشار إليها ، أصبح واجباً الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن يكون المودع مسئولاً عما يحدث من الضرر حتى لو كان لا يعلم العيب الخفي (انظر في هذا المعنى محمد على عرفة ص ٤٩٥ هامش ١) .

(١) انظر م ٩٦٧ مدني عراقي آنفاً فقرة ٣٧٨ في الهامش .

(٢) قارن بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ في الهامش - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ - فقرة ١٠٧٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٢٩ - والمُلزم بالتعويض هو المودع ولو لم يكن مالِكاً ، أما المالك فغير ملزم إذا لم يكن طرفاً في عقد الوديعة (محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٤) وقد ورد نص خاص في حق الحبس في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، إذ نصت المادة ٧١٨ من هذا التقنين على أن « للوديع أن يحبس الوديعة ، إلى أن يستوفي كل ما وجب له بسبب الإيداع » . واكتفى التقنين المدني المصري بتطبيق القواعد العامة في هذا الصدد ، فلم يورد نصاً خاصاً . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ، « وقد ورد في التقنين الحالي (القديم) نص المادة ٤٨٨ فقرة ثانية/ ٥٩٧ مقررأ للوديع الحق في حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له من مصروفات وتعويضات . وكان من الواجب إيراد هذا النص في المشروع ، لولا أنه نص على الحق في الحبس بصفة مبدئية في المادة ٣٣١/ ١ ، وطبقه بصفة عامة أيضاً على من يحوز شيئاً مملوكاً لغيره . وينفق عليه مصروفات لازمة أو نافعة . فكان في هذا النص العام غنى عن تكرار تطبيقه بمناسبة كل عقد على حدة » (مجموعة الأحكام التحضيرية ٥ ص ٢٩١ . ص ٢٦٢ - وقد أشارت المذكرة الإيضاحية بعد ذلك إلى وجوب حذف النصوص الخاصة بالحبس في العارية والوكالة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٢) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٧٧ .

الفصل الثالث

انتهاء الوديعة

٣٨٠ - نصوص مخروطة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى انتهاء الوديعة ، حذفت كلها فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ مدنى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

فكانت المادة ١٠٠٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :
« ١ - تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه . ٢ - فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، حدد القاضى أجلاً تنتهى فيه الوديعة ، ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقدم بها الالتزام برد الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٨ تنص على ما يأتى : « يجوز للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة ، إلا أن يكون أجل الوديعة محدداً فى مصلحة الوديع أو يكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٩ تنص على ما يأتى : « إذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظاً للوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه . ٢ - ويجوز له ذلك أيضاً إذا اتضح من العتد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو » .

وكانت المادة ١٠١٠ تنص على ما يأتى : « تنتهى الوديعة بموت الوديع ، ويبقى فى تركته ما نشأ عنها من التزامات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »^(١) .

(١) انظر فى هذه النصوص مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢٥٩ - ص ٢٦٢ فى الهامش .
ويقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى القديم م ٥٩٢/٤٨٤ : ولا يجوز لحافظ الوديعة أن يلزم مودعها بأخذها قبل الميعاد المتفق عليه .

ويقابلها فى التقنين المدنى العراقى : ٩٦٩ م : ١ - للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع زوائدها ، كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء . ٢ - وإذا كان الإيداع بأجرة ، فليس للوديع أن يردها قبل الأجل المعين إلا إذا كان له عذر مشروع . ولكن للمودع أن يطلب ردها متى شاء ، على أن يدفع الأجرة المتفق عليها . ٣ - ويلزم أن يكون طلب الرد فى وقت مناسب ، وأن تمنح المهلة الكافية للوديع .

وقد رأينا أن المادة ٧٢٢ مدني التي اكتفى بها عن هذه النصوص المحذوفة تنص على ما يأتي : « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

ويخلص من جميع هذه النصوص ، المحذوف منها وغير المحذوف ، أن الوديعة تنتهي بالأسباب الآتية : (١) انقضاء الأجل . (٢) رجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انقضاء الأجل . (٣) موت المودع عنده .

٣٨١ — انقضاء الأجل : قد يتفق المتعاقدان على أجل للوديعة ، صراحة أو ضمناً ، فتنتهي الوديعة بانقضاء هذا الأجل . وإذا لم يتفق على أجل ، « وجب — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضى لتعيين أجل تنتهى فيه الوديعة . ونظراً لكثرة ما قام من نزاعات بشأن تقادم الوديعة وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم ، نص المشروع على أن التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة^(١) »

٣٨٢ — رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل : « والأصل — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — أن الأجل

= م ٩٧٠ : ١ — إذا مات الوديع ، وجدت الوديعة عيناً في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث .
٢ — وإن مات الوديع مجهلاً حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة ، تكون ديناً واجباً أدائه من تركته ، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع .

ويقابلها في تقنين الموجبات والعقود البناني :

م ٧٠١ : لا يجوز للوديع أن يجبر المودع على استرداد وديعته قبل الأجل المتفق عليه إلا لسبب مشروع — وإنما يجب عليه أن يرد الوديعة حينما يطلبها المودع ، وإن يكن الموعد المضروب لردّها لم يحل بعد .

م ٧٠٣ : إذا لم يضرب موعد للرد ، فللوديع أن يرد الوديعة في أي وقت شاء بشرط ألا يردّها في وقت غير مناسب ، وأن يمنح المودع مهلة كافية للاسترداد أو لإعداد ما تقتضيه الظروف .
وقارن أسباب انتهاء الوديعة في القانون الفرنسى : بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٥٠ — فقرة ١١٥٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ — ص ١٧٩ — پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ في الهامش .

في الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيجوز له أن ينزل عن حقه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل^(١) . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن يرجع المودع عنده في الوديعة بإرادته المنفردة ، والذي يجوز له الرجوع هو المودع وحده . وإنما يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان « مأذوناً في استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معيناً في مصلحة الوديع »^(٢) . ففي هذه الحالة يجوز للمودع عنده وحده ، دون المودع ، أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة . ويشترط ألا يستعمل الوديع هذا الحق في وقت غير ملائم للمودع^(٣) . (٢) إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع ، ولكن « طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للوديعة ، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر ، إذ يكون الوديع في هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يضار بتبرعه »^(٤) . وفي هذه الحالة يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة بمجرد طروء هذه الأسباب المشروعة ، كما يجوز للمودع أن يرجع بإرادته المنفردة في أي وقت لأن الأجل في مصلحته هو .

٣٨٣ - موت المودع عنده : « ولأن الوديعة - كما تقول المذكرة الإيضاحية - يلحظ فيها شخص الوديع ، إذ يكون محل ثقة المودع ، وجب أن ينحل العقد بموت الوديع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومتى انحل العقد ، استقرت في تركة الوديع الالتزامات التي تبت عليه إلى وقت انحلاله ، فتبقى التركة مثقلة بها ، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة »^(٥) . والمفروض هنا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٣ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٣ في الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٣ في الهامش .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٣ في الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٣ في الهامش - انظر عكس ذلك وأن الوديعة لا تنتهي بموت أي من المتعاقدين محمد على عرفة ص ٥٠١ . ونرى أن النص المحذوف الذي كان يقضى بانتهاء الوديعة بموت المودع عنده ليس إلا تطبيقاً للإرادة المقرضة للمتعاقدين ، ما لم يثبت العكس . فيصح إعمال النص بالرغم من حذفه .

أن الوديعة في مصلحة المودع عنده ، إذ لو كانت في مصلحة المودع لحاز له الرجوع فيها في أي وقت ، قبل موت المودع عنده أو بعد موته . وإذا مات المودع وكانت الوديعة في مصلحته ، جاز لورثته الرجوع في الوديعة في أي وقت ، لا لموت المودع ، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع في الوديعة لو كان حياً إذ الوديعة في مصلحته ، فينتقل هذا الحق إلى ورثته . أما إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع عنده ومات المودع ، فإن الوديعة لا تنتهي بموته ، بل يبقى المودع عنده حافظاً للوديعة إلى أن ينقضي أجلها إذ هي لمصلحته ، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع في الوديعة بإرادته المنفردة .

مأدامت لمصلحته .

الفصل الرابع

بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول

الوديعة الناقصة

(Dépôt irrégulier)

٣٨٤ - نص قانوني : تنص المادة ٧٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ،
وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ويبدو أن القضاء في عهد
هذا التقنين كان يتجه إلى الأخذ بالحكم الوارد في النص^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية للعربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه
الآتى : « ١ - إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودع
مأذوناً في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً ، ما لم يقض العرف بغير ذلك . ٢ - ويفترض حصول
الإذن في استعمال الشيء إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة
الثانية والعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى
« الجديد » وذكر في اللجنة « أن هذا الفرض يختلف عن فرض إيداع النقود دون فائدة ودون الإذن
باستعمالها » ، وصار رقم النص ٧٥٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٧ ،
ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٨) .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأن تسليم قطن لمحليج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز
لحامليها طلب القطن عيناً لا يعتبر وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحليج في القطن بغير إذن صاحبه لا يعتبر
ذلك تبديداً (نقض جتأى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨) .
وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢٠ رقم ٣٧٤ ص ٩١٢ - المنصورة
الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٩ رقم ٥٠٧ ص ١٤٤٨ - الإسكندرية الوطنية
٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ - انظر أيضاً محمد على عرفة ص ٥٠٤ -

المادة ٦٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي.
المادة ٩٧١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٩١ (١) .

ونخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وأذن المودع للمودع عنده في استعمال هذا الشيء ، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشيء بالاستعمال ، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشيء بعينه كما هو الأمر في الوديعة ، ويتعين أن يرد مثل الشيء كما هو الأمر في القرض . ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة - وتسمى الوديعة الناقصة (٢) - عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً (٣) .

٣٨٥ - صور عملية للوديعة الناقصة : وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٧٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧١ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٩١ : إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أشياء من المثلثات ، وأذن للوديع في استعمالها ، عد العقد بمثابة عارية استهلاك .
(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) واسمها بالفرنسية *déôt irrégulier* ، ولذلك أطلق عليها بعض الفقهاء « الوديعة الشاذة » (محمد علي عرفة ص ٥٠٢) .

(٣) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان المفروض في الوديعة أن يحفظها الوديع ويردها عيناً ، فإذا رخص له في استعمالها ، وجب ألا يكون مما يهلك لأول استعمال ، وإلا تعذر بهذا الاستعمال ردها بعينها ، ولزم رد مثلاً . وفي هذه الحالة يكون العقد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة . وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، فقد نصت المادة ١٠١١ (م ٧٢٦ مدني) على أن العقد يعتبر في هذه الحالة قرضاً .. وهي منقولة عن المادة ٦٤٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع تعديل بسيط ينحصر في أن هذا المشروع يشترط لذلك ، إلى جانب الإذن بالاستعمال ، أن يكون الشيء مما يهلك لأول استعمال ، في حين أن المشروع الفرنسي الإيطالي يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشيء من المثلثات . وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب في تغيير حكم العقد هو أن الإذن باستعمال الشيء الذي يهلك بالاستعمال كالنقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة ٢٢٢٣ من التقنين الأورجنتيني) . أما المثل الذي لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب ، فيجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون العقد في هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) .

على ودائع النقود في المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها^(١) ، بل ويدفع في بعض الأحيان فائدة عنها^(٢) ، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً^(٣) .

وترد الوديعة الناقصة كذلك على الأسهم والسندات تودع في المصارف ، وتنتقل ملكيتها إلى المصرف على أن يرد مثلها . وقد ترد الوديعة الناقصة على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال ، كالقطن والحبوب .

على أن هناك من الفقهاء من يميز بين الوديعة الناقصة والقرض ، وسنرى فيما يلي ألا جدوى من هذا التمييز ، وأن المشروع المصري أحسن صنفاً باعتباره الوديعة الناقصة قرضاً .

٣٨٦ - عدم جردى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب

اعتبار هذه الوديعة قرضاً : والذين يميزون بين الوديعة الناقصة والقرض يتفقون عند نية المودع ، فإذا انصرفت هذه النية إلى أن يكون الغرض الأساسى

(١) وقد يكون الرد عند الطلب (à vue) ، أو بعد أجل قصير (à court terme) ، أو بعد أجل معين من وقت الطلب (à un certain délai de vue) (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٧ - پلانپول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٨) . وقد يكون الإيداع في صناديق التوفير وفي خزائن المحاكم .

(٢) بخلاف الوديعة العادية إذ أن الذى يدفع الأجر فيها هو المودع لا المودع عنده .

(٣) أما إيداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل ودون أن تدفع عنه فائدة ، فهذه وديعة عادية لا وديعة ناقصة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ - أوبرى: ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - نقض فرنسى ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٦٨٤ : نقود أجنبية - ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٥٩) . وقد نبه إلى ذلك في لجنة المراجعة حيث قيل إن فرض الوديعة الناقصة « يختلف عن فرض إيداع مبلغ من النقود دون فائدة ودون الإذن باستعماله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٨ - وانظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش) . ويفترض في وديعة النقود أنها وديعة ناقصة ، ما لم يقر الدليل على العكس (انظر الفقرة المحذوفة من المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٦ مدنى آنفاً نفس الفقرة في الهامش ، وانظر بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٣) .

ويعتبر وديعة إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة ، وتكون الخزانة وهى شخص معنوى مستقل عن قلم الكتاب هى المودع عنده ، وتخضع لأحكام الوديعة (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٥٠ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٩) . وإذا وقع حجز تحت يد المدين ، فأودع المدين المبلغ في الخزانة ، فالخزانة تمثل المدين ولا تنقيد إلا بما يتقيد به هذا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٩) .

من العقد هو حفظ النقود أو الأسهم أو السندات أو نحوها فالعقد وديعة ولو تقاضى المودع فائدة ، وإلا فهو قرض ولو لم يتقاضى أية فائدة^(١) . ومن الدلائل على هذه النية ألا يشترط أجل للرد أو ألا يتقاضى المودع إلا فائدة زهيدة أو ألا يتقاضى فائدة أصلاً ، فيستخلص من هذه القرائن أن المودع أراد الوديعة . أما إذا اشترط أجل للرد أو تقاضى المودع فائدة مجزية ، فهذه قرائن على أن نية المودع انصرفت إلى القرض^(٢) .

والقائلون بهذا التمييز يرتبون عليه النتائج الآتية : (١) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة لم تجز المقاصة بين الوديعة ودين للمودع عنده ، وتجوز المقاصة إذا اعتبر العقد قرضاً . (٢) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة سرت الفوائد عند عدم الرد من وقت الإعذار ، ولا تسرى في القرض إلا من وقت المطالبة القضائية بها . (٣) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة ولم يقيم المودع عنده بالرد كان مرتكباً لجريمة التبديد ، وفي القرض لا محل لهذه الجريمة وإنما يكون المقرض مدينًا بالرد^(٣) .

(١) بون ١ فقرة ٤٤٥ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٢ وفقرة ١٠٩٦ - أوبرى وروواسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - بيدان ١٢ فقرة ٢٦٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ٢١ فقرة ١١٦٩ - دى پاچ ٥ فقرة ٢٦٤ وما بعدها - محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٢ - وذلك حتى لو كان المودع قد قصد من الإيداع في المصرف أن يتمكن من صرف ما أودعه عن طريق الشيكات المسحوبة على هذا المصرف (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن الوديعة الناقصة هي وديعة عادية في البداية ، وتتحول إلى قرض عند ما يستهلك المودع عنده الشيء (هيك ١١ فقرة ٢٢٩) . وانظر في تكييف الوديعة مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشيء إذا أراد ، وفي تكييفها مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشيء إذا تحقق ظرف معين : بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٠ - فقرة ١١٠١ .

(٢) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٦ - وقد قضى بأنه لا نزاع في أن النقود تصح أن تكون محلاً للوديعة ، وفي هذه الحالة يطلق عليها اسم الوديعة الناقصة ، وهي لا تختلف عن وديعة الأشياء المعينة إلا في أن ملكية النقود المودعة تنتقل إلى المودع عنده وهلاكها يكون عليه ، أما فيما عدا ذلك فتتطبق عليها كافة أحكام الوديعة وأهمها وجوب ردها عند أول طلب - وإنه كانت الوديعة الناقصة تتشابه مع عارية الاستهلاك أو القرض ، في كثير من الأحوال يتعذر التفريق بينهما ، إلا أنه يمكن معرفة حقيقة العقد بالرجوع إلى ظروف الأحوال والبحث عن قصد المتعاقدين . وقد وضع الشراح بعض قواعد للتمييز بين العقدين ، منها أنه إذا كان القصد أن يقدم المتسلم هدية مجانية إلى صاحب الشيء فالعقد وديعة ، أما إذا كان الغرض منه الحصول على ربح للمسلم فالعقد عارية ، والمبلغ الذى يدفع من المرشح لعضوية مجلس النواب ضماناً لترشيحه يعتبر وديعة ، وتسرى عليه أحكامها (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) .

(٣) انظر في هذه النتائج بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٩ .

وهذا التمييز بالنتائج التي تترتب عليه ليس سليماً ، لا بالنسبة إلى فيصل
التفرقة الذي اتخذ ، ولا بالنسبة إلى النتائج التي تترتب ، فمن حيث فيصل
التفرقة ، قيل إن مما يدل على انصراف النية إلى الوديعة ألا يشترط أجل
للرد وألا تشترط فوائد أصلاً أو أن تكون الفوائد زهيدة . وهذه قرائن ليست
حاسمة ، فالقرض كالوديعة قد لا يشترط فيه الأجل والوديعة كالقرض قد
يشترط فيها الأجل ، وكذلك القرض قد لا تشترط فيه فوائد أصلاً كالوديعة
بل إن الأصل في القرض أن يكون بغير فائدة ما لم تشترط^(١) . ومن حيث
النتائج التي تترتب عادة على هذا التمييز ، فإنها غير صحيحة . ليس صحيحاً أن
المقاصة لا تجوز في الوديعة الناقصة ، فما دامت ملكية الشيء انتقلت إلى المودع
عنده وأصبح الشيء ديناً في الذمة فالمقاصة جائزة ، وهي لم تمتنع في الوديعة
العادية إلا لأن الشيء المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى المودع عنده
بل وجب على هذا رده بعينه . وليس صحيحاً أيضاً أن الفوائد تسري في الوديعة
الناقصة من وقت الإعذار ، فإدام المصرف قد انتقلت إليه ملكية النقود وأصبح
مديناً بها ، فالفوائد لا تسري إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، والنص الذي
يقضي بذلك (م ٢٢٦ مدني) عام لا يميز بين الوديعة الناقصة والقرض .
وليس صحيحاً كذلك أن جريمة التبديل ترد في الوديعة الناقصة ولا ترد
في القرض ، إذ هي لا ترد في الحالتين ، ففيهما يصبح من تسليم النقود أو
الأوراق المالية مالاً لها ومديناً برد مثلها ، ولا يتصور أن يبذل ملكه^(٢) .

والصحيح إذن أنه لا محل للتمييز بين الوديعة الناقصة والقرض^(٣) . فإدام

(١) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٤ - قال في تعليقه في سيريه ٩١ - ١ - ٢٧٤ -
بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة
٢٨٧٠ - كولان وكاييتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤٣ . چوسران ٢ فقرة ١٢٧٨ -
محمد علي عرفة فقرة ٥٠٣ .

(٢) نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ -
نقض فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ١٨٩ - بلانيول وريبير
وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ - يضاف إلى ذلك أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في الوديعة
الناقصة هلك على المودع عنده لأن هذه الوديعة ليست إلا قرضاً ، أما في الوديعة العادية فالهلاك على
المودع (انظر في هذه المسألة وفي تنفيذ النتائج الثلاث الأولى محمد علي عرفة ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

(٣) ديرانتون فقرة ١٥٠ وقرة ٤٤ - جيوار فقرة ٢٠ وقرة ٢٢ - هامل في البنوك =

المودع في الوديعة الناقصة ينقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده ويصبح هذا مديناً برد مثله ، فقد فقدت الوديعة الناقصة أهم مميز للوديعة وهو رد الشيء بعينه ، واختلطت اختلاطاً تاماً بالقرض^(١) . وهذا ما قضت به المادة ٧٢٦ مدني فيما قدمناه .

الفرع الثاني

الوديعة الاضطرارية

(Dépôt nécessaire)

٣٨٧ — ما هي الوديعة الاضطرارية : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص في الوديعة الاضطرارية ، فكانت المادة ١٠١٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : « ١ — إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع . ٢ — ويكون للوديع في هذه الحالة أجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وعليه أن يبذل في حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد ، وكل اتفاق يقصد به الخلد من مسؤوليته أو الإعفاء من المسؤولية يكون باطلاً » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد

= وعمليات البنوك ٢ فقرة ٧٥٤ — كولان وكابيتان ودي لاموردانير ٢ فقرة ١٢٤٣ — جوسران ٢ فقرة ١٣٧٨ — محمد علي عرفة ص ٥٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت صيغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال ، فإنه لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . وقضت أيضاً بأن التزام المودع عنده برد الشيء بعينه عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة طبقاً لأحكام المادة ٤٨٢ مدني (قديم) ، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة (نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤٧٨ ص ٩٤٤) .

وكالقرض لا تجب الفوائد في الوديعة الناقصة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٦) . وكالقرض أيضاً يكون المودع دائناً يدين في ذمة المودع عنده ، فيشترك مع سائر دائنيه اشتراك الغرماء (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٨) .

العامه^(١) . ولما كان النص المحذوف يمكن اعتباره تطبيقاً للقواعد العامة ،
إذ هو يساير نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرارية التي تمت فيها
الوديعة ، لذلك يصح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه .
ويتبين منه أن الوديعة الاضطرارية تنعقد في ظروف يجد المودع فيها نفسه
مضطراً إلى الإيداع عند الشخص الذي وجدته أمامه ، فلا هو مختار في تعيين
هذا الشخص ولا هو مختار في واقعة الإيداع ذاتها . فقد يدهمه حادث ،
كحريق أو غرق أو تهدم بناء أو نهب أو غارة جوية أو زحف عدو مغيب^(٢) .
أو ثورة أو اضطرابات أو زلزال أو لصوص يقطعون الطريق^(٣) ، فيرى
نفسه مضطراً حتى ينقذ ماله أن يودعه عند أول شخص يستطيع أن يودعه
عنده^(٤) . ولكن الاضطرار هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذي يصيب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٧ في الهامش . وقد اقترح في لجنة
تجلس الشيوخ إعادة هذا النص ، ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح « لأن في القواعد العامة
- ما يفنى عن إيراد النص المقترح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٤) .
(٢) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢٠٣ - بلانيول وريبير
« وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ ص ٥٠٥ » .

(٣) لم تعدد المادة ١٠١٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة - ولا ما يقابلها في التقنين
المدني الفرنسي م ١٩٤٩ - على سبيل الحصر الأحداث التي تدهم المودع ، فكل حادث يلجئه إلى
الإيداع عند أول شخص يتيسر له الإيداع عنده يكفي لجعل الوديعة وديعة اضطرارية . وقد جاء في
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « نظر المشروع في هذه المادة إلى حالة
الوديعة الاضطرارية ، وهي التي يقوم بها الوديع في ظروف يخشى معها خطر داهم على الشيء ،
فمضطره لأن يودع الشيء على عجل عند أول شخص يستطيع أن يكل إليه بالوديعة . وقد ذكرت
بعض الظروف الاضطرارية التي تدعو إلى ذلك على سبيل المثال فقط : تهدم بناء - نهب - غرق -
إغارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ في الهامش) .

(٤) ويغلب أن تكون هذه الحوادث حوادث تعسة ، ومن أجل ذلك سمى الرومان هذه
الوديعة بالوديعة التعسة (*depositum miserabile*) (بودرى وقال في الوديعة فقرة
١١٨٣ ص ٦٣٤) . ولا يكفي لتكون هناك وديعة اضطرارية أن يجد المودع مشقة كبيرة
في العثور على من يودع عنده مال (نقض فرنسي ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ - ١ -
٢٩٨ - هيك ١١ فقرة ٢٥٣ - جيوار فقرة ٢٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٨٤) ،
ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافي للحصول على إيصال بالوديعة (بودرى وقال في الوديعة
فقرة ١١٨٤) . وإذا سلم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة بها نقود لحفظها حتى ينتهي من اللعب ،
فليست هذه وديعة اضطرارية بل هي وديعة اختيارية لا شيء من الاضطرار فيها ، فإذا كان المهم
- لم ينكر - تسليمه المحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردّها كما هي ، دون أن يفتحها ، فلا يمكن أن يعتبر =

الإرادة^(١) ، ومن ثم تكون الوديعة الاضطرارية عقداً صحيحاً يتكون من إرادتين صحيحتين إرادة المودع وإرادة المودع عنده^(٢) ، ولا يجوز إبطاله للإكراه ، ولكنه يخضع لقواعد خاصة تترتب على واقعة الاضطرار التي لم تصل إلى حد الإكراه كما سنرى^(٣) .

ويضيف الفقه الفرنسي ، ومعه القضاء في بعض الحالات ، شرطاً ثانياً للوديعة الاضطرارية ، وهو أن يكون هذا الحادث غير متوقع (imprévu) . ودفعه إلى ذلك أن لفظ "imprévu" ورد في نص المادة ١٩٤٩ مدني. فرنسي التي تحدد ما هي الوديعة الاضطرارية ، فيستبعد بذلك ما كان من الحوادث متوقعاً ، كأن يودع شخص معطفه وعصاه في مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح أو يودع سيارته في جراج الفندق أو يودع العامل ملابسه وأدوات شغله عند رب العمل^(٤) ، فالمودع يتوقع الحادث الذي سيضطره إلى الإيداع وينساق إليه مختاراً ، فلا تكون الوديعة اضطرارية^(٥) . ولكن

= اعترافه هذا مبدأ ثبت بالكتابة مجيزاً لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ما كان بها من النقود (نقض جنائي ٧ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٢٥٦ ص ٣٢٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٢ هامش ١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٣ .

(٢) لوران ٢٧ فقرة ١٣٢ - هيك ١١ فقرة ٢٥٣ - بون ١ فقرة ٥١٥ - جيوار فقرة ١٢٣ - بودري. وقال في الوديعة فقرة ١١٨٢ ص ٦٣٤ - أوربري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨١ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٦٠ - محمد علي عرفة ص ٥٠٧ .. (٣) انظر مايل فقرة ٣٨٨ - وهناك نوع من الأمانة نص عليه التقنين المدني العراقي ، وهو ليس بمقد إذ أن إرادة صاحب الشيء ليست مضغوطة عليها عن طريق الاضطرار ، بل هي معدومة أصلاً . ويتحقق ذلك إذا فقد الشيء صاحبه ، فمثر عليه شخص واستبقاه في يده على سبيل الأمانة ، على أن يرده لصاحبه بمجرد أن يعرفه . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك ، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد . ٢ - أما إذا أخذه على أن يرده لمالكه ، كان أمانة في يده ، ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقررها القانون » .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٤١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦ - باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - السين ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي پاليه ٧ مارس سنة ١٩٠٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ١٢ .

(٥) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٨٣ - فقرة ١١٨٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ - چوسران ٢ فقرة ١٣٦٩ .

هذا الشرط الثاني لم يجمع عليه القضاء الفرنسى ، وقد تجاوز عنه فى غير الأمثلة المتقدمة^(١) ، وبخاصة فى ودیعة الفنادق والحانات وهى صورة من صور الودیعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدنى الفرنسى هذه الودیعة فى المكان الذى خصصه للودیعة الاضطرارية ، وصرح فى المادة ١٩٥٢ منه بأنها ودیعة اضطرارية . أما التقنين المدنى المصرى فلم يورد نصاً فى الودیعة الاضطرارية اكتفاء بالقواعد العامة كما قدمنا ، والنص المحذوف فى المشروع التمهيدى وهو تطبيق للقواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث ، وعلى العكس من ذلك أشار نص محذوف آخر كما سنرى^(٢) إلى أن ودیعة الفنادق والحانات هى صورة من صور الودیعة الاضطرارية . وعلى ذلك يجب التسليم فى القانون المصرى بأن الحادث الذى ألحأ المودع إلى الإيداع فى الودیعة الاضطرارية لا يشترط فيه أن يكون غير متوقع^(٣) ، ويكفى أن يكون حادثاً. اضطر المودع إلى الإيداع كما سبق القول .

٣٨٨ - النظام الخاص بالودیعة الاضطرارية : ويرتب على أن المودع قد اضطر إلى الإيداع أحكام خاصة ، أوردها النص المحذوف ، وفصلتها المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يلى :

أولاً - اعتبار حالة الودیعة الاضطرارية استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته عشرة جنيهات ، وذلك لوجود المانع من الاستحصال على كتابة وقت الإيداع ، فيجوز فيها الإثبات بجميع الطرق ولو زادت قيمة.

(١) فاعتبر ودیعة اضطرارية إيداع النازل فى مصحة أمتته فى إدارة المصحة (ليون : ٢٣ يوليه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ٢ - ٣٤٣) ، وإيداع المقاول الأدوات اللازمة للعمل فى مكان البناء (مونبلييه ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٧٥) ، وإيداع الشخص ملابسه وهو يتأهب للعب فى ناد رياضى (السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ٣) ، وإيداع المستأجر دراجته فى جراج مشترك فى العمارة وكان عقد الإيجار يقضى عليه بذلك (باريس محكمة الصلح ٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٢٥ - انظر عكس ذلك بودرى وثال فى الودیعة فقرة ١١٨٤ مكررة) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) انظر عكس ذلك وأن الحادث يشترط فيه أن يكون غير متوقع محمد على عرفة :

الوديعة على عشرة جنهات . وأكن منى ثبت حصول الوديعة الاضطرارية بأى طريق من طرق الإثبات ، تتبع القواعد العامة فيما يتعلق برد الوديعة (١) .
ثانياً - أن يكون الأصل فى الوديعة الاضطرارية ، خلافاً للوديعة الاختيارية ، استحقاق المودع عنده للأجر ، فهذه هى نية المتعاقدين المفترضة ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بأن تكون الوديعة غير مأجورة (٢) .

ثالثاً - أن تكون العناية الواجبة على المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية هى عناية الشخص المعتاد ، ولو كانت الوديعة بغير أجر فزيد مقدار العناية المطلوبة من المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية عنه فى الوديعة الاختيارية نظراً للظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة (٣) .

رابعاً - ألا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية على إعفاء المودع عنده من المسئولية ولا تخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب المودع عنده (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل ، عند مبيتها معاً فى غرفة واحدة بإحدى القرى ، مائة من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح ، فأخذها المتسلم وفر ، فعلمه هذا يعتبر خيانة أمانة . ومتى ثبت أن إيداع المحبى عليه نقوده لدى الجاني كان إيداعاً اضطرارياً ألجأته إليه ظروف كارثة ، فمن الجائز إثبات حصوله بالبينة مهما كانت قيمة الوديعة (نقض جنائى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٧٨ ص ٤٨١) - وانظر م ١٩٥٠ مدنى فرنسى - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١٦ فقرة ١١٧٢ - محمد على عرفة ص ٥١٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٠ . ويجوز الإثبات بجميع الطرق ، لا بالنسبة إلى واقعة الإيداع وحدها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ماهية الشيء المودع وقيمه (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢ - پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٣) . ومن باب أولى يجوز الإثبات بالإقرار ، وفى هذه الحالة لا يتجزأ الإقرار طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ - ١ - ٢١٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢) . ويجوز توجيه التهمة إلى المودع عنده لاستكمال أى دليل ولو غير كتابى فيما تزيد قيمته على عشرة جنهات (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٢٠٣ - محمد على عرفة ص ٥١٠) .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٣) قارن محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٤) . باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩ - وفيما عدا هذه الأحكام تسرى أحكام =

الفرع الثالث

الوديعة : الفنادق والحانات

(Dépôt d'hôtellerie)

٣٨٩ — نصوص قانونية : تنص المادة ٧٢٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — يكون أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الحان » .

« ٢ — غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يتجاوز خمسين جنياً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » .

وتنص المادة ٧٢٨ على ما يأتي :

« ١ — على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الحان بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك ، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه » .

« ٢ — وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الحان ، بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الحان » ^(١) .

= الوديعة العادية فيما لا يتعارض مع هذه الأحكام الخاصة . وانظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ في الهامش .

(١) تاريخ النصوص :

٧٢٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٠١٣ من المشروع التمهيدى ، وكانت الفقرة الأخيرة من نص المشروع مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما الفقرة الأولى فكانت في المشروع التمهيدى مكونة من فقرتين على الوجه الآتى : « ١ - تسرى أحكام المادة السابقة (أى أحكام الوديعة الاضطرارية) أيضاً على وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرون والزلاء في الفنادق والحانات والبنسيونات التي يقيمون فيها . ٢ - ويكون أصحاب الفنادق والحانات ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ هذه الأشياء وملاحظتها ، مسئولين حتى عن فعل كل رائج أو غادى في الفندق أو الحان » . =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٩/٥٩٨ (١) .

= وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى، لتعلقها بمادة محذوفة هي المادة التى تبين أحكام الوديعة الاضطرارية ، فأصبحت المادة بذلك مكونة من فقرتين ، ووافق عليها تحت رقم ٧٥٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلاناً يعنى فيه نفسه من المسؤولية ، فأجيب بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسؤولية وفى مكان ظاهر يراه النزى ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسؤولاً حتى عن التعويض المخفف ، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٧٥٨ ، ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « المترددين على » بعبارة « كل غاد ورائع فى » الواردة فى آخر الفقرة الأولى ، وحذف لفظ « البنسيونات » وحل محله عبارة « وما مائلها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٧٢٧ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٨ - ص ٢٧١) .

م ٧٢٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٤ من المشروع التمهيدى، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف » ، وفيما عدا أن « الخان » لم يقرن مع « الفندق » فى المشروع . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى ينفذه فيه الفندق أو الخان » « ليكون الأمر محدوداً » ، وأضيفت عبارة « أو الخان » بعد كلمة « الفندق » فى كل من الفقرتين ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصادر رقمه ٧٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧١ - ص ٢٧٤) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٤٨٩/٥٩٨ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجره بسبب الأحوال

التي ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة القاهرة .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق من حيث المبدأ مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ويبدو أن عبارة التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بتحديد نطاق المودع عندهم أوسع من عبارة التقنين المدنى الجديد . فهى تشمل كل حافظ وديعة يأخذ أجره بسبب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما . ثم إن التقنين المدنى القديم صريح فى عدم إعفاء المودع عنده من المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة . أما فى التفصيلات فيختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : (١) حدد التقنين المدنى الجديد مسؤولية المودع عنده عن الأشياء الثمينة بمبلغ خمسين جنيهاً ، ولم يرد هذا التحديد فى التقنين المدنى القديم . (٢) أوجب التقنين المدنى الجديد على المسافر الإخطار وإلا سقطت حقوقه ، ولم يرد ذلك فى التقنين المدنى القديم . (٣) حدد التقنين المدنى الجديد مدة التقادم بستة أشهر من يوم مغادرة الفندق ، ولم يحدد التقنين المدنى القديم مدة خاصة للتقادم ولكن الظاهر أن مسؤولية المودع عنده تسقط بعد مدة كافية على أساس نزول ضمني من المودع عن حقه) .

ويخلص من هذه النصوص أن أصحاب الفنادق وما مائلها معرضون لمسئولية جسيمة عن الودائع التي يأتي بها النزلاء إلى الفندق^(٢). وتظهر جسامه هذه المسئولية من وجهين : (١) التوسع في معنى الوديعة ، فأى شيء يأتي به النزيل معه في الفندق يعتبر مودعاً عند صاحب الفندق ولو لم يسلم إليه بالذات^(٣). (٢) التوسع في المسئولية ، فالوديعة في الفندق تكون في حكم الوديعة الاضطرارية ، وتسرى عليها أحكام هذه الوديعة من حيث الأجر والإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، وهي الأحكام التي تختص بها الوديعة الاضطرارية . أما من حيث الأجر ، فوديعة الفندق مأجور ، والأجر يدخل ضمن ما يدفعه النزيل لصاحب الفندق عن إقامته . بتي الإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، فهذه تسرى فيها أيضاً أحكام الوديعة الاضطرارية ، بل إن المسئولية هنا أشد جسامه منها في الوديعة الاضطرارية^(٤).

التقنين المدنى السوري م ٦٩٣ - ٦٩٤ (مطابقتان - دعوى المسئولية عن الأشياء الثمينة
خمسائة ليرة سورية) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧٢ - ٩٧٣ (موافقتان فيما عدا أن دعوى النزيل في التقنين العراقي
لا تسمع بعد ثلاثة أشهر من اليوم الذي ينكشف فيه أمر السرقة أو الضياع أو التلف) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل .

(٢) ويطلق بعض الفقهاء على وديعة الفنادق اسم « الوديعة الجارية » ، لأنها تقع بطبيعة الحال ، والعرف هو الذي قضى بها ، ولأنها عادة يومية (انظر محمد كامل مرسى - نقلا عن أحمد فتحي زغلول - ص ٤٤٢ وهامش ٢) .

(٣). پلانیول وریپر وسافاتییه ۱۱ فقره ۱۱۸۵ مکرره ص ۵۲۵.

(٤) بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المنشورع انتهىدى : « يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرابية وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرين والزلاء في الفنادق والحانات والبسيونات التي يقيمون فيها . ولذلك نصت المادة ١٠١٣ فقرة أولى على أنه تطبق عليها أحكام المادة السابقة (أحكام الوديعة الاضطرابية) ، =

ومن ثم وجب أولاً أن نحدد في دقة نطاق الوديعة في الفنادق والحانات التي تسري عليها هذه الأحكام المشددة . ونبحث بعد ذلك الإثبات ، والمسئولية ، والاتفاق على تعديلها .

٣٩٠ - نطاق الوديعة في الفنادق والحانات : لتحديد هذا النطاق نبين أموراً ثلاثة : (١) المودع عنده . (٢) الأشياء المودعة . (٣) كيف يكون الإيداع .

١ - المودع عنده : يبدو أن التقنين المدني الجديد ، في تحديده للمودع عنده ، توسط بين التقنين المدني القديم والتقنين المدني الفرنسي . فالتقنين المدني القديم يشمل بعبارة انطلاقته كل نحافظ وديعة « يأخذ أجره بسبب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما » (م ٤٨٩/٥٩٨) . والتقنين المدني الفرنسي يقصر عبارته على أصحاب الحانات والفنادق (aubergistes ou hôteliers) (م ١٩٥٢) . أما التقنين المدني الجديد فيقول « أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها » (م ٧٢٧) . والمائلة هنا ، فيما نرى ، ليست كما ذهب إليه التقنين المدني القديم في أن المودع عنده « يأخذ أجره بحسب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع » فيدخل صاحب الفندق أو الخان وأمين النقل ومخازن الأمانات في المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادي الرياضية وكابينات الاستحمام كما ذهب بعض الفقهاء^(١) ، فالوديعة في هذه الأحوال ، وإن كانت وديعة اضطرارية تسري عليها أحكامها ، ليست بوديعة الفندق . وإنما المائلة تكون فيما يميز الفندق والخان ، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب ، بل أيضاً من ناحية أن المودع يقيم في الفندق إقامة موقتة ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر ، فيرى نفسه مضطراً أن يترك أمتعته مدة غير قصيرة دون أن يلزمها فتيق في حراسة .

= سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها . وبناء على ذلك يجوز للمسافر أن يثبت حيازته للأشياء التي يدعى سرقتها من غرفته بجميع طرق الإثبات ، ولا يترتب أي أثر على الإعلان الذي يعلقه صاحب الفندق في الغرف لإخطار النزلاء بأنه يخلى مسئوليته عن فقد الأشياء التي يحملونها معهم (انظر المادة ٢٢٦٦ من التقنين الأرجنتيني) ، كما يقع باطلاً كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

صاحب الفندق والفندق يتردد عليه الكثير من الناس ، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضاً إلى كل رائج أو غاد في الفندق . وعلى ذلك لا يجوز التوسع في تحديد المودع عنده كما فعل التقنين المدني القديم ، ولا التضييق في هذا التحديد كما فعل التقنين المدني الفرنسي .

فيكون مودعاً عنده في معنى النص صاحب الفندق وكل مكان ينزل فيه المسافرون كالحانات والوكالات^(١) . وتدخل «البنسيونات» ، وكانت مذكورة بالنص في المشروع التمهيدى ثم حلت محلها عبارة «وما مثلها»^(٢) ، كما تدخل الغرف المفروشة^(٣) . وتدخل كذلك عربات النوم في السكك الحديدية^(٤) ،

(١) وليس من الضروري أن يقدم الفندق الطعام للنزيل (هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٥ - فقرة ١٣٦ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٨ ص ٦٦٢) - ولا أن يتام النزيل في الفندق في أثناء الليل ، فإدام الفندق معداً للمبيت فيكون أن ينزل فيه للمسافر ولو لساعات معدودات يستريح فيها أو يقوم بجراحته في البلد الذي فيه الفندق - أما إذا أودع ان شخص أشياء في فندق لا يبيت فيه لأسليهما إلى شخص آخر ، فهذه وديعة عادية (أوبرى ورو وإسمان - فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٨٩ في الهامش .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٥ - فقرة ١٣٦ - بودرى . وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ - محمد علي عرفة ص ٥١١ - وتدخل الغرف المفروشة والبنسيونات والفنادق ولو أقام فيها النزيل شهراً أو أكثر (السين ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ جازيت دي تريبينو ٦ أكتوبر سنة ١٨٩٦ - هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٨ ص ٦٦٣ - عكس ذلك بيدان - فقرة ١٢ - ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ - محمد علي عرفة ص ٥١٣ - وانظر أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٦٤) - وذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه لو استأجر المقيم في بلد غرفة في فندق أو غرفة مفروشة في نفس البلد الذي يقيم فيه ، لم يكن «مسافراً» (voyageur) ، فلا ينطبق عليه النص (نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٤٨٧ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٣٩ - ١ - ٢٠٥ - ليون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٣٠٥ - باريس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ١ - ٨٤٣ - السين ١٩ يونيو سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ٢ - ٩٥ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٨ جازيت دي پاليه ١٩٤٨ - ٢ - ١٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٤٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ - كولان وكاپيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤٥ - وانظر عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٦) . أما في مصر فيبدو أن في هذا تضييقاً لا محل له ، وفي نص المادة ٧٢٧ مدني مصري متسع لدخول هذه الحالة فالنص يشمل المسافرين والزلاء ، ولا يقتصر على المسافرين (انظر عكس ذلك محمد علي عرفة ص ٥١٣) .

(٤) محمد علي عرفة ص ٥١١ .

وكاينيات السفن ، والمستشفيات والمصحات^(١) . أما إذا أجرة شخص غرفة مفروشة في مسكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية ، لم يدخل ذلك في حكم النص^(٢) .

ولا تدخل المطاعم ولا المقاهي^(٣) ، وقد منّا كذلك أنه لا يدخل أمناء النقل وتخازن الأمانات في المحطات والحمارك والمسارح والملاعب والنوادي الرياضية وكاينيات الاستحمام^(٤) .

٢ - الأشياء المودعة : يقول النص في تحديدها : « الأشياء التي يأتي بها المسافرين والزلاء » . فبشمل ذلك كل ما يأتي به النزير من حقائب وأمتعة وملابس^(٥) ونقود ومجوهرات وأوراق مالية^(٦) ومستندات وبضائع^(٧) .

(١) انظر عكس ذلك في فرنسا نقض فرنسي ٣ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ - ١ - ١٦٥ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٤٦ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ (عربات النوم) ، ومع ذلك يذهب رأي في فرنسا إلى أن العيادة الخاصة للطبيب حيث تقيم المرضى للعلاج تعتبر في حكم الفندق (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧) .

(٢) الإسكندرية المختلطة ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٨ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٩ ص ٦٦٣ - محمد علي عرفة ص ٥١١ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٨ - بون ١ فقرة ٥٢٨ - جيوار فقرة ١٣٩ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٤١ - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٧٧ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ .

(٤) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٤٢ وما بعدها - أوبري وروولسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ - محمد علي عرفة ص ٥١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٧ ص ٤٤٥ .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٢ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٣٩ .

(٦) لوران ٢٧ فقرة ١٥٥ - هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٠ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٩٠ .

(٧) جيوار فقرة ١٤٢ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

وتدخل السيارة^(١) التي يأتي بها النزيل ويودعها في جراج الفندق أو في فناءه ، والدراجة^(٢) وغيرها من وسائل النقل .

٣- كيف يكون الإيداع : والعادة أن يكون الإيداع لا بتسليم الأشياء

للمودع عنده شخصياً^(٣) ، بل بوضعها في الغرفة التي يأوي إليها النزيل أو في أى مكان آخر ينخصص لذلك^(٤) . وقد يتم الإيداع قبل ذلك ، كما إذا تلقى مندوب الفندق المسافر في المحطة وأخذ حقيبته لتوصيلها إلى الفندق فمن هذا الوقت تبدأ مسئولية صاحب الفندق^(٥) . وقد يأتي النزيل ، بعد أن يقيم في الفندق ، بأمثلة أخرى يضيفها إلى الأمثلة الموجودة ، أو على العكس من ذلك يرسل بأمثلة إلى الفندق تسبقه قبل قدومه فتشمل مسئولية صاحب الفندق هذه الأمثلة جميعاً^(٦) . ولكن يجب أن تدخل الأمثلة الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، أو في القليل دون معارضة منه^(٧) . أما الأمثلة التي يتركها النزيل في الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب الفندق ، حتى لو عاد النزيل بعد ذلك إلى الفندق ، فهذه لا يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها إلا طبقاً للقواعد العامة^(٨) .

(١) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢ - ٢٧٥ - جرينوبل ٣ فبراير سنة ١٩٤٧ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ٢ - ٢٧٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ - محمد علي عرفة ص ٥١٤ .

(٢) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٩١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - پون ١ فقرة ٥٣٠ وما بعدها - جيوار فقرة ١٤٤ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٩٨ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ وهامشه ٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ - وقد جرت العادة ألا يأخذ النزيل من صاحب الفندق إيصالاً بتسلم الحقائب والأشياء التي أتى بها معه ، ولذلك جاز له الإثبات بجميع الطرق وفيها البيئة والقرائن كما سنرى .

(٤) ولو كان في مخازن الفندق أو في ردهاته أو في غير ذلك من الأمكنة (استثناء مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٢٦) .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٩٥ - محمد علي عرفة ص ٥١٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٦ ص ٤٤٣ .

(٦) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٩٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥ .

(٧) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٩٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ .

(٨) نقض فرنسي ١٠ يناير سنة ١٨٣٢ سيرييه ٣٢ - ١ - ٩١ - السين ٢١ يناير =

٣٩١ — **الإثباتات** : وعقب إثبات الإيداع يقع على النزيل^(١). وله أن يثبت ، طبقاً للقواعد التي قررناها في الوديعة الاضطرارية ، واقعة الإيداع وماهية الأشياء المودعة ومقدارها وقيمتها وأنها تلفت أو ضاعت أو سرقت في أثناء الإيداع بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن^(٢). ويدخل القاضي في اعتباره عند تقدير الأدلة مركز النزيل ومكانته وثروته واحتمال صدق ما يدعيه وحالة الفندق من ناحية الضبط والنظام وما إلى ذلك من الظروف^(٣). ويجوز توجيه اليمين المتممة إلى النزيل لاستكمال الدليل ، حتى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات^(٤).

أما عبء إثبات نفي المسؤولية فيقع على عاتق صاحب الفندق^(٥) على ما سنرى.

٣٩٢ — **المسؤولية** : رأينا أن المودع عنده في الوديعة الاضطرارية مسئول دائماً مسؤولية المودع عنده المأجور ، فيجب عليه في حفظ الأشياء المودعة بذل عناية الشخص المعتاد . ولكن مسؤولية صاحب الفندق وما مثله أشد من ذلك ، فهو مسئول في العناية « بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون

= سنة ١٩٣٦ جازيت دي تريبينو ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ — هيك ١١ فقرة ٢٥٨ — جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٠٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٤٨ — بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ وفقرة ١٢٣١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ — ولا يطالب النزيل بإثبات أنه هو المالك للأشياء التي أودعها ، وفقاً للقواعد المقررة في الوديعة العادية (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٠) .

(٣) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٧٢ — محمد علي عرفة ص ٥١٦ — إكس ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ — ٥ — ١٠ — السين ١٧ مارس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ — ٥١ — ٥ .

(٤) نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٥٣ — السين ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤١ جازيت دي باليه ١٩٤٢ — ١ — ٦٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ — محمد علي عرفة ص ٥١٦ .

(٥) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣١ .

والنزلاء — كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدني فيما رأينا — حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان . فيجب عليه إذن ، ليس فحسب بذلك عناية الشخص المعتاد ، بل أيضاً مراقبة أتباعه من خدم وموظفين^(١) ، بل ومراقبة المترددين على الفندق من غاد ورائح^(٢) . وهؤلاء ليسوا من أتباعه ، وهو في الأصل غير مسئول منهم ، بل يعتبر الفعل الصادر منهم فعل الغير ، وفعل الغير سبب أجنبي من شأنه أن ينفي المسؤولية . ولكن هنا يكون صاحب الفندق مسئولاً عن فعلهم^(٣) ، من سرقة أو حريق أو إتلاف أو إضاعة أو غير ذلك ، فيكون إذن مسئولاً إلى هذا الحد عن السبب الأجنبي^(٤) . وعلى ذلك إذا أثبت النزيل أن الأشياء التي أودعها الفندق على النحو الذي بيناه قد ضاعت أو سرقت أو احترقت أو تلفت ، كان صاحب الفندق مسئولاً عن ذلك إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ النزيل^(٥) أو بقوة قاهرة كزلازل

(١) الوابلي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٢ الجريدة القضائية ١٣٣ ص ١٧ — فيكون مسئولاً إذن عن فعل خادم الفندق ، حتى لو سرق هذا أمتعة النزيل في وقت لا يؤدي فيه أعمال وظيفته ، وحتى لو تسلل إلى غرفة النزيل بقصد السرقة (نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٤١٧ — بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٠٧) .

(٢) ويشمل الغادي والرائح ، ليس فحسب الأشخاص الآخرين النازلين في الفندق ، بل أيضاً كل من يتردد على الفندق من زوار وغيرهم ، ولو تردد الشخص على الفندق بقصد السرقة ، مادام لم يدخل خلصة عن طريق التسلل . وفي فرنسا ، كما سنرى ، تتحقق مسئولية صاحب الفندق حتى لو تسلل السارق خلصة (لوران ٢٧ فقرة ١٤١ — هيك ١١ فقرة ٢٦١ — جيوار فقرة ١٤٥ — بون ١ فقرة ٥٣٧ — بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ هامش ٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « غير أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ لم تكلف بالعناية التي فرضتها على الوديع المادة ١٠١٢ ، بل كلفت أصحاب الفنادق والخانات السهر على الأمكنة التي يستغلونها ورقابة كل من يروح أو يندو فيها ، فجعلتهم مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد في الفندق أو الخان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

(٤) بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ — ص ٦٤٧ — ويمكن القول مع ذلك إن فعل المترددين على الفندق منسوب إلى صاحبه ، لأن هذا يجب عليه ، لا مراقبة تابعيه فحسب ، بل أيضاً مراقبة المترددين ، فيعتبر مقصراً في الرقابة (انظر في هذا المعنى بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٠٦) .

(٥) ترولون فقرة ٢٣٧ — لوران ٢٧ فقرة ١٤٤ — بون ١ فقرة ٥٤١ — جيوار فقرة ١٥٢ — بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢١٤ و فقرة ١٢١٩ — أوبري ورو وإسمان ٦ —

أوغارة جوية أو ثورة أو اضطرابات أو غزو أو حرب أهلية أو حريق امتد من مكان مجاور ولايد لصاحب الفندق فيه^(١) . ولايكنى أن يثبت أن الحادث قد وقع بفعل الغير ، إذ يفرض عندئذ أنه وقع بفعل المترددين على الفندق وهو مسئول عن فعلهم كما قدمنا ، أو بفعل خدمه أو أتباعه وهو أيضاً مسئول عنهم . وكذلك يستطيع صاحب الفندق أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا هو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الأشياء المودعة وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق^(٢) . ويجوز

= فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ - ويعتبر خطأ من النزول أن يترك باب غرفته مفتوحاً أو غير مغلق بالمفتاح مخالفاً في ذلك نظام الفندق ، أو يترك أشياء ثمينة في الدولاب دون أن يغلقه ، ولكنه لا يكون مخطئاً إذا ترك حقائبه غير مغلقة ، وإذا اقترن بخطأ النزول خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسم المسؤولية (انظر في كل ذلك بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢١٤ - فقرة ١٢١٥ وفقرة ١٢١٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ١٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ - نقض فرنسي ١٢ أبريل سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٣٢ - ٩ يناير سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ - ١ - ٣) . ويعتبر خطأ تابع النزول في حكم خطأ النزول (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢١٦) . ولكن إذا ارتكب الحادث أحد أتباع صاحب الفندق ، فإن المسؤولية تتحقق ولو كان هناك خطأ في جانب النزول ، وعلى النزول ، وعلى الذي يثبت خطأ في جانبه أن يثبت أن الحادث وقع مع ذلك بفعل أحد أتباع صاحب الفندق (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢١٧ - فقرة ١٢١٨ - محمد على عرفة ص ٥١٧) .

(١) أما الحريق في ذاته فلا يعتبر قوة قاهرة ، فقد يكون ناشئاً عن إهمال صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فيكون صاحب الفندق مسئولاً في هذه الحالة . أما إذا أثبت هذا الأخير أن الحريق وقع بقوة قاهرة ، كما إذا كان قد امتد من مكان مجاور ، أو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في الوقاية من الحريق وأن الحريق لم يحدث بفعل أحد إتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فإنه يتخلص من المسؤولية . انظر في تخلص صاحب الفندق من المسؤولية بإثباته أن الحريق قد حدث بقوة قاهرة : نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ (٢) ٣٣١١ (احتراق سيارة النزول في الجراج ، ولايكنى لإثبات القوة القاهرة إثبات أن الحريق بدأ نشوبها في السيارة ذاتها) - كولمار ٨ أبريل سنة ١٩٤٥ دالوز ٤٩ - ٥ - ٣٤٥ - باريس ١٧ يناير سنة ١٨٥٠ دالوز ٥١ - ٢ - ١٢٢ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ - جيوار فقرة ١٤٦ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢١٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ .

(٢) وعلى ذلك إذا أثبت صاحب الفندق أن سرقة أمتعة النزول وقعت من أجنبي تحلل خلصة أو استعمل مفاتيح مصطنعة أو دخل غرفة النزول بطريق الكسر أو التسلق أو نقب الحائط ، =

للنزىل أفضاً أن فبأء صأب الففءق بآن فبب أن الءاءء وقع ببقففر من هءا الآخر ، أوبفعل ءءمه أو أبعاه أو بفعل المءرءفن على الففءق ، وعفء ذلك ففءقق مسؤلفة صأب الففءق . فإءا ما ففءقق هءه المسؤلفة بوبه أو بآءر ، وبب على صأب الففءق أن فعوض الفزفل عن كل ما أصابه من ضرر وفقاً للقواعء العامة . وقء أوردف الفقرة الفاففة من الماءة ٧٢٧ مءنى اسفثناء ، فقء نصف كما رأفنا على أن أصأاب الففءاق « لا فكونون مسؤلفن ، ففما ففعلق بالنقوء والأوراق المألفة والأشفاء الفمفة ، عن فعوفض فبأوز ءمسفن ببفها ، ما لم فكونوا قء أءءوا على عاففهم ففظ هءه الأشياء وهم فعرفون قفمفها ، أو فكونوا قء رففضوا ءون مسوع أن ففسلموها عهءة فف ءمفهم ، أو فكونوا قء فسببوا فف وقوع الضرر ببأاً ببسم ففهم أو من أءء

= فإن ذلك ففنى مسؤلففه . أما فف القانون الفرفنى فذلك لا ففنى المسؤلفة (فرفلون فقرة ٢٣٥ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٢ - ببوار فقرة ١٤٧ - بوءرى وقال فف الوءففة فقرة ١٢١١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلانفول ورفبفر وسافافففه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ - بارفس ٣ مأو سنة ١٨٣١ سرفه ٣٣ - ٢ - ١٨٦ - السفن ١٦ فبرافر سنة ١٩٠٥ ءالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٤٣) . وفبءر أن هءا الءكم فف القانون الفرفنى فبرره أن الففنن المءنى الفرفنى ففص فف الماءة ١٩٥٤ فف على أن أصأاب الففءاق لا فكونون مسؤلفن عن السرقاف الفف فففع ببقة مسلءة (avec force armée) أو ببقة قأهرة أخرى . فأمكن أن فسفءلفص من ذلك بطرفق الفءفل العكس ، أن السرقاف الفف لا فففع ببقة مسلءة ، ولو وقفط بطرفق الكسر أو الففور أو الفقب أو المفاففب المصطفنة ، بل ولو وقفط لا من عصاففة مسلءة بل من فرد أو فردفن ولو كانا فبمءان سلاءا ، فكون صأب الففءق مسؤلوا عنها (بوءرى وقال فف الوءففة فقرة ١٢١١ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلانفول ورفبفر وسافافففه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١) . ولما كان نص الماءة ١٩٥٤ مءنى فرفنى لا فوبء لها فظفر فف الففنن المءنى المصرى ، لذلك لا فرى ببأارة الففه الفرفنى فف هءه المسألة مع أءفلاف النصوص . فلاءء إءن فف القانون المصرى من فطففق القواعء العامة والنصوص القانونفة ، وظاهر أن السرقفة الفف فففع من أعبفى بطرفق الفسلل أو الففور أو الفقب أو المفاففب المصطفنة لا فمكن أن فقال عنها ففها سرقفة وقفط من « المءرءفن » على الففءق فف فكون صأب الففءق مسؤلوا عنها ، فلم فبق إلا اعفبارها قوة قأهرة ففنى المسؤلفة عن صأب الففءق (انظر قرفباً من المعنى الذى نقول به ءفهلفس لفظ Dépôt فقرة ٤٠ - محمد كامل مرمى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٦ - وانظر عكس ذلك وأن صأب الففءق فكون مسؤلوا : محمد على عرففة ص ٥١٧ وفسفءد إلى الففه الفرفنى على أءفلاف النصوص كما ببنا) . وانظر فف الفمفز فف القانون الفرفنى ببف الءاءء الففأاف وهو ءاءء ءافى بففصل بالمهفة وفكون صأب الففءق مسؤلوا عنه ، والقوة القأهرة وهى ءاءء ءافى لا فففصل بالمهفة ولا فكون صأب الففءق مسؤلوا عنه : ببوران ٢ فقرة ١٣٧٢ .

تابعهم » . والأشياء الثمينة المشار إليها في النص ، فيما عدا النقود والأوراق المالية ، مثلها المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف النادرة والمستندات الهامة ، وبوجه عام كل شيء يغلب أن تزيد قيمته على خمسين جنياً حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً عنه إلا في حدود خمسين جنياً فيما عدا حالات خاصة . فإذا أثبت النزاع أنه قد سلم صاحب الفندق النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة الأخرى وأخذ هذا على عاتقه حفظها وهو يعرف قيمتها ، أو أثبت أن صاحب الفندق قد رفض تسليمها عهدته في ذمته دون أن يبدى لذلك سبباً معقولاً ، أو أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ جسيم من صاحب الفندق أو من أحد أتباعه ، جاز له الرجوع بكل القيمة أيا كان مقدارها ولو زادت على خمسين جنياً . أما لم إذا استطع إثبات شيء من ذلك ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً عن تعويض يجاوز خمسين جنياً أو القيمة الحقيقية إذا قلت هذه القيمة عن خمسين جنياً^(١) .

(١) ويرى من ذلك أن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً ، فيما عدا حالات خاصة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنياً ، أيا كانت الأشياء ، ثمينة أو غير ثمينة . فهي إذا كانت ثمينة فالتعويض لا يزيد على خمسين جنياً ، وإذا كانت غير ثمينة فقيمتها الحقيقية التي يعرض عنها لا تزيد على خمسين جنياً . انظر في التمييز بين الأشياء الثمينة والأشياء غير الثمينة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ - وانظر في أن التعويض قد يجاوز الحد الأقصى الذي عينه القانون إذا أثبت النزاع خطأ في جانب صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، فتسرى عند ذلك القواعد العامة ويجب تعويض الضرر كاملاً : نقض فرنسي ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٥١ - ٨ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٢٠٣ - ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٤٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ٢ - ١٣٢ - باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٢٢٥ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٤ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٦ - ص ١٨٧ - بيدان ١٢ فقرة ٢٨٣ (٣) - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٠ ص ٥٢٢ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٣ - أنسكيلويدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٨٩ - محمد علي عرفة ص ٥١٥ - ويذهب البعض في تعليل ذلك إلى أن إثبات خطأ في جانب صاحب الفندق يجعل مسئوليته تقصيرية ، فيكون مسئولاً عن التعويض الكامل . ولكن الصحيح أن خطأ صاحب الفندق يبقى خطأ عقدياً إذ لا يجتمع الخطأ التقصيري مع الخطأ العقدي ، وينبئ على ذلك أن التعويض ، وإن جاوز الحد الأقصى ، يجب أن يكون مقصوراً على الضرر المتوقع (بيدان ١٢ فقرات ٣٨٣ (٣) - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٢٧٤ ص ٨١٤ - أنسكيلويدي دالوز ٢ لفظ ٢ Dépôt فقرة ٢٩١ - نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٤٩ - نانسي ٢١ مارس سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٢٧٨) .

ونظراً لهذه المسؤولية الجسيمة التي ألغاها القانون على صاحب الفندق ، جعل القانون له منها مخرجاً فأسقط حق النزيل في الرجوع عليه في حالتين^(١) نصت عليهما المادة ٧٢٨ مدني فيما رأينا : (١) إذا لم يخطر النزيل صاحب الفندق بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك . فإن أبطأ دون عذر مقبول في هذا الإخطار ، سقط حقه ، إذ يكون قد أضاع على صاحب الفندق الفرصة في الكشف عن المسئول عن الحادث لو تم الإخطار في الوقت المناسب^(٢) . (٢) إذا انقضت ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه النزيل الفندق دون أن يطالب صاحب الفندق قضائياً بحقه ، فإن الدعوى تسقط في هذه الحالة بالتقادم . والسبب في تقصير مدة التقادم أن المشرع أراد أن يجعل صاحب الفندق في مأمن من مطالبة النازلين في فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق ، وهي مدة كافية إذا انقضت دون أن يطالبه النزيل كان من حقه أن يطمئن إلى أنه غير معرض لأية مسئولية . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل التقادم يسرى من وقت انكشاف الضياع أو التلف ، وهو غير منضبط وقد يتأخر فتطول مدة التقادم . فعدلت لجنة المراجعة النص ، وجعلت التقادم يسرى من وقت مغادرة النزيل الفندق « ليكون الأمر

= وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ونظراً لهذا التوسع في أحوال مسئولية أصحاب الفنادق والخانات رؤى تمشياً مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى للتعويض الذي يلزمون به . فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ خمسين جنيهاً ، إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم ، فيلزمه تعويض الضرر بأكمله وقتاً للقواعد العامة . ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكباً خطأ جسيماً إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها ، أو إذا رفض تسلمها دون مسوغ . ويترك للقاضي تقدير المسوغ ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

وفي فرنسا حدد قانون ١٨ أبريل سنة ١٨٨٩ (وقانون ٨ أبريل سنة ١٩١١ بالنسبة إلى المجوهرات) التعويض بما لا يتجاوز ألف فرنك ، ثم رفع قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤٨ هذا المقدار إلى عشرين ألفاً من الفرنكات .

(١) وهذا عدا تحديد مسئولية صاحب الفندق عن التعويض بما لا يتجاوز خمسين جنيهاً ، فهذه وجوه ثلاثة خفف فيها المشرع على صاحب الفندق في مقابل التشديد في مسئوليته .

(٢) محمد علي عرفة ص ٥١٩ .

محدداً،^(١) كما جاء في الأعمال التحضيرية^(٢).

٣٩٣ — ارتفاق على تعديل قواعد المسؤولية : ويجوز الاتفاق على تشديد قواعد المسؤولية ، بالرغم مما هي عليه من شدة ، فيجوز الاتفاق مثلاً على ألا يتخلص صاحب الفندق من المسؤولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة ، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد وأن الحادث لم يقع من أحد تابعيه أو من أحد المترددين على الفندق . بل يجوز الاتفاق على تحميل صاحب الفندق تبعة القوة القاهرة ، فلا تنتفي بها مسؤوليته ، ويكون هذا ضرباً من التأمين . كما أنه يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى للتعويض في الأشياء الثمينة إلى أكثر من خمسين جنيهاً ، بل إلى كل قيمتها .

أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها فمحل للنظر . وقد ورد في الأعمال التحضيرية في هذا الصدد في موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلاً . ورد ذلك أولاً في الوديعة الاضطرارية بوجه عام ، ووديعة الفنادق نوع منها ، حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا يجوز الاتفاق في الوديعة الاضطرارية « على إعفاء الوديع من مسؤوليته ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع »^(٣) . وورد ذلك ثانياً في وديعة الفنادق بالذات

(١) انظر مع ذلك رأياً يذهب إلى أن علة التعديل هي « احتمال أن يكون سكوت المودع من المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعاً إلى ما قد يبذله له الوديع من الوعود » (محمد علي عرفة ص ٥٢٠ هامش ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣ — وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد رأى أيضاً ، مقابل التوسع في تقدير مسؤولية صاحب الفندق أو الخان ، إلزام المودع بشيء من اليقظة في المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد . ففرض عليه أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك ، بحيث إذا أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م ١٠١٤ / ١) . والقاضي هو الذي يقدر ما يعتبر إبطاءً مسقطاً للحقوق ، وما يعتبر مسوغاً للإبطاء . ولم يكتف من المودع بوجوب الإخطار ، بل يطلب منه نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٤ المبادرة بالمطالبة بحقوقه ، حيث نصت على سقوط دعواه بالتقادم بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي انكشف فيه الضياع أو التلف (هذا وبعد التعديل أصبحت مدة التقادم تسرى من يوم مغادرة النزول للفندق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٧ في الهامش . وانظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية ، فجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية »^(١). ولكن من جهة أخرى ورد في موضع ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية جائز صحيح ، فقد استفسر في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلاناً يعفى فيه نفسه من المسؤولية ، فأجيب « بأنه إذا كان الإعلان صريحاً في الإعفاء من المسؤولية وفي مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً حتى عن التعويض المخفف ، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز في هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع »^(٢).

والعلة في هذا التضارب ترجع إلى أن المسألة لا تخلو من خلاف . هناك أولاً إجماع على أن تعليق إعلان في غرف الفندق وفي ردهاته يعفى فيه صاحب الفندق نفسه من المسؤولية أو يخفف من مسؤوليته لا يكتفى ، إذا لم يثبت أن النزيل قد رأى هذا الإعلان وقبل ما جاء فيه^(٣) . ولكن يبدأ التردد إذا كان النزيل رأى هذا الإعلان وقبله صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليه ، ويزيد التردد إذا اشترط صاحب الفندق صراحة بموجب اتفاق خاص تخفيف مسؤوليته أو إعفائه منها . فالرأى الغالب في الفقه الفرنسي أن الشرط صحيح وتخفف به مسؤولية صاحب الفندق أو يعفى منها^(٤) . ولكن يوجد من الفقهاء من يتردد في تصحيح هذا الشرط ، إذ أن النزيل إذا قبله يكون مضطراً إلى قبوله ، وقد أراد القانون أن يحميه ، ويرى في القليل أن الشرط لا أثر له

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٠ - ص ٢٧١ - وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩

في الهامش .

(٣) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ١٩٠ - إكس ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٠٣ - باريس ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٧٣٥ - تولون الابتدائية ٤ يونيو سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ - ٧٦٩ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ - هيك ١١ فقرة ٢٦٥ - پون ١ فقرة ٥٤٣ - جيوار فقرة ١٥١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٢ .

(٤) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٣ - فقرة ١٢٣٦ - أوبرى ورو وإسمان ٦

فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٧٥ .

إلا في نقل عبء الإثبات من عاتق صاحب الفندق إلى عاتق النزيل (١) .
وانعقد الإجماع بداهة على أن الشرط لا أثر له في الإعفاء من المسؤولية عن
الغش أو الخطأ الجسيم (٢) .
ونرى أن الأولى أن تتقيد بأحكام الوديعة الاضطرارية — وليست وديعة
الفنادق إلا صورة من صورها المختلفة — فيكون شرط الإعفاء من المسؤولية
أو التخفيف منها ، ولو كان شرطاً خاصاً صريحاً ، باطلاً لا أثر له (٣) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ — وقرب جوسران ٢
فقرة ١٣٧٥ .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٦ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦
ص ١٨٧ هامش ١٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ — باريس ١٦
يوليه سنة ١٩٣٤ الأسبوع القضائي (Sem. Jur.) ١٩٣٥ — ٣٧٢ .

(٣) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ — وانظر أيضاً محمد على عرفة
ص ٥١٨ — ص ٥١٩ : وهو يذهب إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يعنى صاحب الفندق
« إلا من المسؤولية المترتبة على فعل الغير ، فإذا أثبت المودع أن ضياع الوديعة أو تلفها قد نجم
عن فعل الوديع أو أحد تابعيه فإنه يسأل عن التعويض كاملاً وفقاً للقواعد المقررة في المسؤولية
التقصيرية » .

الحراسة

تمهيد (*)

٣٩٤ — التعريف بالحراسة — أركانها : يمكن تعريف الحراسة (séquestre) تعريفاً مستخلصاً من المادة ٧٢٩ مدني — وسيأتي ذكرها — بأنها وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، ويهدده خطر عاجل ، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه^(١) . ويوضع المال تحت الحراسة إما باتفاق بين الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية (séquestre conventionnel) ، وإما بحكم من القضاء فتكون حراسة قضائية (séquestre judiciaire) .

ويتبين مما تقدم أن للحراسة أركاناً ثلاثة : (١) المال الموضوع تحت الحراسة . (٢) الاتفاق على الحراسة أو الحكم الصادر بها . (٣) الحارس الذي يعينه الطرفان أو يعينه القاضي . فتي توافرت هذه الأركان الثلاثة ، قامت الحراسة ، اتفاقية كانت أو قضائية .

(*) مراجع في الحراسة : جيوار في القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٤ — بودري وثال في الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبري ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ — بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — دي باج ٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ — كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — جوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — أنسيكلوبيدي داللوز ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Séquestre — تعليق سافاتييه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٦٩ .

عبد الحكيم عبد الحميد فراج في الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — محمد علي رشدي في قاضي الأمور المستعجلة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — محمد علي و راتب في قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الرابعة (ومع محمد نصر الدين كامل) محمد فاروق طيغالب (سنة ١٩٦٥ — محمد عبد اللطيف في القضاء المستعجل الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ — محمد كامل مرسى في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ — محمد علي عرفة في التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ . وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبقات المبينة فيما تقدم .

(١) محمد علي عرفة ص ٥٢١ .

٣٩٥ — أمظام الحراسة هي أمظام الوديعة والوكالة : وسنرى أن المادة ٧٣٣ مدني تقضى بأن تطبق على الحراسة في الأصل أحكام الوديعة والوكالة . فالمال الموضوع تحت الحراسة هو في يد الحارس وديعة عنده ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة . ولكن الحارس لا يقتصر ، كما يقتصر المودع عنده ، على حفظ المال ، بل يجب عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عن إدارته ، ومن ثم تطبق أحكام الوكالة . والذي يغلب على الحارس هو صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو في الأصل مكلف بحفظ المال ، وعليه أن يديره في أثناء ذلك .

والحراسة ليست إلا صورة خاصة من صور الوديعة ، وهي الصورة الأعم انتشاراً والأكثر وقوعاً في العمل . على أن هناك فروقاً بين الحراسة والوديعة العادية أهمها ما يأتي ^(١) : (١) الحراسة في الأصل تكون في الأشياء المتنازع عليها ، بخلاف الوديعة . (٢) الحراسة تكون اتفاقية أوقضائية ، بل إن الحراسة القضائية هي التي يغلب وقوعها في العمل ، وإذا أطلقت الحراسة انصرفت إليها إذ يندر وقوع الحراسة الاتفاقية . أما الوديعة فلا تكون إلا اتفاقية ، إذ أن مصدرها العقد كما رأينا . (٣) يغلب أن تقع الحراسة على العقار وإن كان يجوز وقوعها على المنقول ، أما الوديعة فيغلب وقوعها على المنقول وإن كان يجوز وقوعها على العقار . (٤) الحراسة تكون في الأصل بأجر مجز وإن صح أن تكون بغير أجر ، أما الوديعة فتكون في الأصل بغير أجر وإن صح أن تكون بأجر زهيد . (٥) في الحراسة يكلف الحارس بإدارة المال الموضوع تحت حراسته ، أما في الوديعة فيقتصر المودع عنده على حفظ المال دون إدارته وإن كان يصح أن يؤذن له في استعماله . (٦) في الحراسة يلتزم الحارس في الأصل بالاستمرار في الحراسة إلى أن تنتهي ، أما في الوديعة فيجوز في الأصل أن يرد المودع عنده الوديعة قبل انتهاء العقد . إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع على الوجه الذي سبق بيانه . (٧) في الحراسة يرد الحارس المال لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء الحراسة ، أما في الوديعة فيرد المودع عنده المال إلى المودع

(١) انظر في هذه الفروق بودري وقال فقرة ١٢٥٤ ص ٦٧٥ — محمد كامل مرسي

فقرة ٣٤٦ — محمد علي عرفة ص ٥٢٢ — ص ٥٢٣ .

بمجرد أن يطلبه هذا الأخير إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع عنده على الوجه الذى سبق بيانه (١).

وكما تتميز الحراسة عن الوديعة فى الفروق التى أشرنا إليها ، تتميز كذلك عن الوكالة فى فروق أهمها ما يأتى : (١) فى الحراسة يقوم الحارس بإدارة المال وليس له فى الأصل أن يتصرف فيه ، أما فى الوكالة فالوكيل قد يوكل فى الإدارة وقد يوكل فى التصرف وفى التبرع وفى سائر التصرفات القانونية . (٢) وحتى إذا اقتضت الوكالة على الإدارة ، فالأصل فى الحراسة أن يحفظ الحارس المال وإدارته له تآتى تبعاً للمحفظ ، أما فى الوكالة فالأصل أن يدير الوكيل المال وحفظه إياه يأتى تبعاً للإدارة . (٣) فى الحراسة يتقاضى الحارس فى الأصل أجراً مجزياً ومن ثم تكون الحراسة غالباً من عقود المضاربة ، أما فى الوكالة فالأصل ألا يتقاضى الوكيل أجراً أو يتقاضى أجراً لا يقصد من ورائه الربح فالوكالة ليست من عقود المضاربة . (٤) وإذا تقاضى كل من الحارس والوكيل أجراً فأجر الحارس لا يجوز تعديله ، أما أجر الوكيل فيجوز إنقاظه أو زيادته . (٥) الحارس فى بدء الحراسة لا يعلم لمن يرد المال إذ هو ملزم برده لمن يثبت له الحق فيه ، أما الوكيل فيعلم منذ البداية أنه ملزم برد المال للموكل . (٦) لا تنتهى الحراسة بموت من يثبت له الحق فى المال بل تحمل ورثته محله ، وتنتهى الوكالة فى الأصل بموت الموكل .

٣٩٦ — الأهمية العلمية للحراسة وتنظيمها الشرعى : لم يرد فى التقنين

المدنى القديم غير نصوص مقتضبة فى الحراسة ، وهذا بالرغم من أن الحراسة — وبخاصة الحراسة القضائية — اتخذت فى العمل أهمية كثيرة . فكثيراً ما تبدأ الخصومات بدعاوى الحراسة كإجراء موقت تقصد به المحافظة على مصالح الخصوم ، انتظاراً للبت فى الموضوع وقد لا يبت فيه إلا بعد مدة طويلة . لذلك تكثر قضايا الحراسة كثرة زائدة ، سواء أمام محكمة الموضوع أو بوجه خاص

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « الحراسة والوديعة عقدان من نوع واحد ، يختلفان فى أن الحراسة لا ترد إلا على مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، وأن الحارس مكلف بإدارة المال ، وأنه يردده إلى من يثبت له الحق فيه سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥) .

أمام القضاء المستعجل^(١) . وقد عني التقنين المدني الجديد باستعراض أحكام القضاء الكثيرة في هذا الموضوع ، واستخلص منها في عدد غير قليل من النصوص المبادئ والقواعد التي استقر عليها القضاء ، ورتبها الترتيب المنطقي الواجب^(٢) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم يرد في شأن الحراسة في التقنين الحالى (القديم) غير مادتين مقتضبتين تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة . واكن الحراسة ، وعلى الأخص الحراسة القضائية ، قد اتخذت في العمل أهمية كبرى ، حتى أصبح الحصوم كثيراً ما يلجأون إليها . وتوسع القضاء في أحوالها ، حتى زخرت المجاميع بأحكامه في شأنها . وكان أكثر هذا القضاء اجتهادياً لقلة النصوص التي يستند إليها . فكان حرياً بهذا المشروع أن ينظر في هذا القضاء ليستنبط منه المبادئ والقواعد التي ينبغى أن يتضمنها التشريع الجديد فيما يتعلق بالحراسة . وقد تضمن المشروع عشر مواد في الحراسة ، مرتبة ترتيباً منطقياً . فبدأ بتعريف الحراسة باعتبارها عقداً ، ثم نص على أحوال الحراسة القضائية ، وخص حراسة الوقف ببعض أحكامه ، ثم بين حقوق الحارس والتزاماته ، وانتهى ببيان طرق انقضاء الحراسة وأحكامها^(٣) .

٣٩٧ — خطة البحث : ونبعث الحراسة في فصول ثلاثة : الفصل الأول في قيام الحراسة ، والفصل الثانى في آثار الحراسة (التزامات الحارس وحقوقه) ، والفصل الثالث في انتهاء الحراسة .

(١) وهناك غير الحراسة القضائية حراسات إدارية تعددت صورها في العصر الحاضر . منها الحراسة على أموال الأعداء وتقع عادة في أثناء الحروب ، ومنها حراسات إدارية أخرى لأغراض اقتصادية وسياسية وتقع عادة في أثناء الانقلابات السياسية . وكل هذا يخرج عن نطاق البحث ، ولا يدخل في دائرة القانون المدني .

(٢) ويبدو أن الحراسة ، وبخاصة الحراسة القضائية ، ذات نطاق أوسع في القانون المصرى منها في القانون الفرنسى ، لا فحسب من ناحية الأحوال التي يجوز فيها فرض الحراسة ، بل أيضاً من ناحية السلطة التي يخولها القانون للحارس في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وفي التصرف فيها . ومن ثم لا يجوز الرجوع إلى القضاء والفقهاء الفرنسيين في الفروض الكثيرة التي يخالف فيها القانون المصرى القانون الفرنسى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢٧٥ .

الفصل الأول

قيام الحراسة

٣٩٨ — الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية : الحراسة ، كما قدمنا ، تكون اتفاقية أو قضائية . فتكلم في قيام كل منهما :

الفرع الأول

قيام الحراسة الاتفاقية

٣٩٩ — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٩٠/٥٩٩^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٥ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٩ — ولأمقابل للنص في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٦ — ص ٢٧٧) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٩٠/٥٩٩ : إذا حصل الإيداع بسبب نزاع واقع في الوديعة ، فليس لحافظها أو لحارسها المعين لها أن يسلمها إلا لمن يتعين لاستلامها باتفاق جميع الأخصام أو بأمر المحكمة .

(وأحكام التقنين المدني القديم ، على اقتضاب النص ، تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

٣ - ويرد الحارس المال إلى من يثبت له الحق فيه ، بعد البت في النزاع الذي كان قائماً في شأنه . ويجوز أيضاً رد المال لمن يتفق الخصوم المتنازعون عليه من بينهم أو من غيرهم ، وقد كان التقنين المدني القديم (م ٤٩٠ / ٥٩٩)^(١) صريحاً في هذا المعنى^(٢) . ولا يجوز للحارس أن يرد المال قبل أن يتعين من يقع له الرد ، بالبت في النزاع أو باتفاق الخصوم المتنازعين . ومع ذلك إذا كان الحارس غير مأجور - وهذا نادر - جاز له رد الوديعة إلى الخصوم جميعاً قبل الميعاد ، إذا طرأت عليه أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للمال^(٣) .

٤٠١ - ارتفاع على الحراسة يغني عن توافر شرط الخطر العام

الواجب توافره في الحراسة القضائية : وسنرى فيما يلي أن الحراسة القضائية تقتضي توافر شرط قيام الخطر العاجل ، أما الحراسة الاتفاقية فالاتفاق عليها بين الخصوم يغني عن تحري توافر هذا الشرط . ويكفي أن يكون الخصوم قد اتفقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة ، حتى يفترض أن هناك خطراً عاجلاً يستدعي وضع المال تحت الحراسة ، وأنه بذلك قد قامت إحدى

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ في الهامش .

(٢) وكذلك ورد نص في التقنين المدني الجديد (م ٧٣٨ / ٢) يقضي ، عند انتهاء الحراسة الاتفاقية أو القضائية ، بما يأتي : « وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي » .

وانظر في أنه إذا تعددت أطراف النزاع وتختلف واحد منهم عن التعاقد مع الحارس ، اعتبر الآخرون متعاقدين عنه بطريق الفضالة ، فيرتب على ذلك وجوب اتفاقهم جميعاً - وفيهم المتخلف عن التعاقد - على الرد قبل الميعاد وعلى الشخص الذي يرد إليه المال : جيوار فقرة ١٧٠ - بودري وقال فقرة ١٢٦١ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٨ هامش ٢ - محمد علي عرفة ص ٥٥٧ - محمد كامل مرمي فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ - جيوار فقرة ١٦٩ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٢٦٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٨٤ - وقد جاد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يفهم من هذا التعريف أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل إليه حفظ المال المتنازع عليه ، وأنها تكون في المقارن تكون في المنقول أو فيها معاً ، وأن الحارس كالوديع يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة . لكنه يختلف عنه في أنه يقوم بإدارة المال ، وفي أنه يردده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧) .

حالات الحراسة فواجهها الخصوم بهذا الاتفاق . فلا يبحث بعد ذلك ، كما يبحث في الحراسة القضائية على ما سئرى ، هل هناك خطر عاجل فنكون في حالة من حالات الحراسة ، فإن ذلك قدبت فيه الخصوم باتفاقهم على الحراسة ، ولا معقب عليهم في ذلك^(١) .

وتبقى الحراسة الاتفاقية ، كالحراسة القضائية ، إجراء مؤقتاً لامساس له بالموضوع ، وله صفة التحفظ . وكذلك تبقى الحراسة الاتفاقية خاضعة لنفس الأحكام التي تخضع لها الحراسة القضائية من حيث الآثار التي تترتب عليها والتزامات الحارس وحقوقه وانتهاء الحراسة ، وسيأتى تفصيلها فيما يلي :

٤٠٢ — الاتفاق على الحراسة صورته : الاتفاق على الحراسة يبرم عقب قيام النزاع بين الخصوم على المال . فيتفقون على وضع المال الذي قام بشأنه النزاع تحت حراسة شخص يعينونه بالاتفاق فيما بينهم .

على أن الاتفاق على الحراسة قد يكون في صورة أخرى ، يبرم قبل قيام النزاع كشرط يتفق عليه في التعامل . مثل ذلك أن يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا تخلف المشتري عن دفع أقساط ثمن السيارة في مواعيدها ، وضعت السيارة تحت الحراسة حتى يستوفى البائع ما تأخر من الأقساط . فهنا قد تم الاتفاق على الحراسة ، ولكن قبل قيام النزاع ، وجعلت الحراسة مشروطة بقيامه . ومثل ذلك أيضاً أن يتفق مؤجر الأرض الزراعية مع مستأجرها على أنه إذا زرع المستأجر محصولاً معيناً منع منه بموجب عقد الإيجار ، أو إذا قصر في العناية بالأرض ، أو إذا أخل بشروط العقد ، وضعت الأرض تحت الحراسة وكلف الحارس بتنفيذ ما اتفق عليه الطرفان في عقد الإيجار^(٢) . والحراسة في هذه الأمثلة حراسة اتفاقية ، ولكنها لا تقوم إلا إذا

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ - ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحراسة الاختيارية تستلزم اتفاق شخصين تتعارض مصالحهما ويتنازعان في منقول أو في عقار ، فيودع تحت حراسة شخص ثالث حتى ينتهى النزاع (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ (اشترى عيناً على الشيوع ، واتفقا على أن من يتأخر منهما في دفع الأقساط المستحقة عليه يقبل وضع العين تحت حراسة الآخر =

تحقق شرطها . فإذا ما تحقق الشرط ، وجب وضع المال تحت الحراسة تنفيذاً للاتفاق . وعند الخلاف يرفع الأمر إلى محكمة الموضوع ، إلا إذا توافر ركن الاستعجال فيرفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة^(١) .

٤٠٣ — طرفا الحراسة الاتفاقية : وعقد الحراسة الاتفاقية ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، له طرفان :

= بحكم من قاضي الأمور المستعجلة) - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ (اتفق البائع مع المشتريين لحرك لإدارة مصنع لعمل الثلج على أنه إذا تأخر المشترون عن دفع الثمن وضع المحرك تحت حراسة البائع) - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ (فتح مصرف لأحد عملائه اعتماداً مضموناً برهن رسمي واشترط في عقد فتح الاعتماد أن له الحق في وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة إذا تأخر العميل في الوفاء بما عليه) - ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١ (نص في عقد الرهن على حق الدائن في طلب وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة حتى يتم نزع الملكية) - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ (شرط الدائن أن يكون له الحق في وضع يده على العقار المرهون بصفته حارساً إذا تأخر المدين في الوفاء بالدين ، وتتحقق حالة الاستعجال إذا لم يكف العقار المرهون للوفاء بالدين) - مصر الكلية أول أبريل سنة ١٩٣٩ المحامة ١٩ رقم ٥٤٧ ص ١٤٦٥ (وضع العين المرهونة تحت حراسة الدائن في حالة تقصير المدين في الوفاء) - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٨ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٧ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - مصر الكلية ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحامة ١٩ رقم ٤٥٦ ص ١٤٦١ .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص ٢٥٠ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ - ١ - ٧١ - محمد علي عرفة ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٣ هامش ١ .

فإذا لم يتوافر شرط الاستعجال لم يكن قاضي الأمور المستعجلة مختصاً ، ولو اتفق الطرفان على اختصاصه (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ - مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحامة ٢١ رقم ٥٨ ص ١٠١ - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٧ - محمد علي راتب فقرة ٣٨١ ص ٩٥٠ - ص ٩٥١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٣ - وقارن محمد علي رشدي فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٣ - استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩) .

وإذا أقرت المحكمة وضع المال تحت الحراسة ، عينت أيضاً الحارس إذا لم يتفق الطرفان على تعيينه ، وتبقى الحراسة مع كل ذلك حراسة اتفاقية (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحامة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧) -

(الطرف الأول) هو الحصان المتنازعان أو الحصوم المتنازعون على المال . فهو لاء كلهم طرف في العقد ، وإذا اقتصر أحد الفريقين المتنازعين على التعاقد دون الفريق المتنازع الآخر ، لم يكن العقد حراسة اتفاقية ، بل هو وديعة عادية ، ويجب على المودع عنده أن يرد الوديعة إلى الفريق الذي تعاقد معه دون الفريق الآخر وفقاً للأحكام العامة في الوديعة^(١) .

(والطرف الثاني) هو الحارس . فالفريقان المتنازعان هما إذن اللذان يقرران مبدأ الحراسة ويختاران شخص الحارس^(٢) . ويتعهد الحارس بموجب عقد الحراسة للفريقين المتنازعين بأن يقوم بحفظ المال وإدارته ، ثم رده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه بعد البت في النزاع ، أو لمن يتفق عليه الفريقان المتنازعان والغالب أن يكون أحدهما ولكن يصح أن يكون أجنبياً^(٣) .

(١) ترولون فقرة ٢٤٩ - لوران ٢٧ فقرة ١٦٣ - بون ١ فقرة ٥٤٧ - جيوار فقرة ١٦٤ و فقرة ١٦٦ - بودرى وقال فقرة ١٢٥٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٨٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٣ هامش ١ .

(٢) فإذا مات الحارس الذي عينه المتنازعان أو حجر عليه أو عزل قبل انتهاء النزاع أو تنحى لعذر مقبول ، ولم يتفق المتنازعان على حارس آخر يحل محله ، جاز للمحكمة أولقاضي الأمور المستعجلة بحسب الأحوال أن يقوم بتعيين حارس آخر (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٣) . كذلك يجوز للمحكمة أولقاضي الأمور المستعجلة عزل الحارس المعين باتفاق الطرفين إذا أساء الإدارة أو ارتكب ما يستوجب عزله (استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٤) .

(٣) ويمكن أن نتصور حراسة اتفاقية يتفق فيها الحصوم على مبدأ الحراسة دون أن يتفقوا على شخص الحارس ، وفي هذه الحالة تبقى الحراسة اتفاقية ، وتتولى المحكمة تعيين الحارس الاتفاقي على الوجه الذي تعين به الحارس القضائي ، وسيأتي بيان كيف يعين الحارس القضائي (انظر ما يلي فقرة ٤٤٩ وما بعدها) . وهذا ما يقضى به التقنين المدني ، إذ تنص المادة ٧٣٢ من هذا التقنين على أن «يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألتان منفصلتان : أولاها وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هي التي تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أوحكت المحكمة بها فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٧) .

فالدائن بالرد إذن هو شخص غير معين ، ولكنه قابل للتعين^(١).

الفرع الثاني

قيام الحراسة القضائية

٤٠٤ — الشرط في الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أى خطر

عاجل : يشترط في جميع أحوال الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال ، وهو ما يسميه التقنين المدني في المادة ٧٣٠ منه كما سنرى « خطراً عاجلاً » ، وما يسميه تقنين المرافعات في المادة ٤٩ منه عند الكلام في اختصاص القضاء المستعجل « المسائل المستعجلة التي يخشى عايتها من فوات الوقت » . والشرط المطلوب في جميع أحوال الحراسة القضائية كما قدمنا ، وهو منصوص عليه في بعض هذه الأحوال ومفهوم ضمناً في الأحوال الأخرى^(٢).

= وفي حالة ما يتفق الحصان على مبدأ الحراسة ويعين القاضي شخص الحارس ، يكون هناك عقد أولى (avant contrat) طرفاه الحصان وقد اتفقا على الحراسة في ذاتها ، وعندما يعين القاضي شخص الحارس ، فإن قبول هذا الحارس لمهمته يجعله طرفاً في عقد يلى العقد الأول . وهذا العقد الثاني هو عقد الحراسة ، أحد طرفيه الحصان المتنازعان وقد أوجبا عقد الحراسة باتفاقهما على مبدأ الحراسة ، والطرف الآخر هو الحارس الذي عينه القاضي وقد قبل هذا الإيجاب بقبوله أن يكون حارساً .

(١) والدائن بالرد هو الذي يلتزم برد المصروفات إلى الحارس ، حتى لو لم يكن طرفاً في عقد الحراسة ، إذ هو الذي أفاد من هذه المصروفات (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٣ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩) . وهذا الدائن هو الذي يلتزم بدفع الأجر للحارس إذا كان طرفاً في عقد الحراسة ، أما إذا لم يكن طرفاً فإنه لا يكون ملزماً بدفع الأجر (بودرى وقال فقرة ١٢٦٤ - عكس ذلك محمد على عرفة ص ٥٥٦) . ويبقى ملزماً بدفع الأجر من تعاقد مع الحارس من الأطراف المتنازعين ، ولو لم يثبت لهم الحق في المال (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٤) .

وإذا تعدد المدينون للحارس بدفع الأجر أو برد المصروفات ، كانوا متضامنين تطبيقاً لأحكام الوكالة (بون ١ فقرة ٥٤٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩ هامش ٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٨ : بالتضام - وقارن لوران ٢٧ فقرة ١٦٧ - هيك ١١ فقرة ٢٦٩ - عكس ذلك جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٥) . (٢) ويستوى في ذلك أن تكون دعوى الحراسة مرفوعة أمام القضاء المستعجل أو أمام قاضى الموضوع (محمد على عرفة ص ٥٣٥ - وقارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ الحماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨) .

والخطر العاجل هو خطر فوري يهدد مصلحة ذي الشأن^(١) ، ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة . وتقدير ما إذا كان هناك خطر عاجل يتوقف على ظروف كل حالة ، فيختلف من حالة إلى أخرى بحسب تغير هذه الظروف . ولذلك كان الخطر العاجل أمراً تقديرياً متروكاً إلى قاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض^(٢) . فيكون هناك خطر عاجل إذا وقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته وكان بقاء المال في حيازة واضع اليد يخشى منه ضياعه أو تلفه أو تبديد الربح . ويتحقق الخطر العاجل في إدارة المال الشائع إذا وقع خلاف بين الشركاء بحيث يصبح بعضهم مهدداً بضياع نصيبه في الربح ، أو بحيث يصبح المال نفسه مهدداً بنزع الملكية لعدم سداد الضرائب أو أقساط الدين^(٣) . ويتوافر شرط الخطر العاجل في التركة إذا قام خلاف بين الورثة على قيمة نصيب كل منهم ، أو على قسمة أموال التركة ، أو على إدارتها^(٤) . وسنرى تفصيلاً كيف يتمثل الخطر العاجل في

(١) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير الخطر الموجب وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة هو من المسائل الموضوعية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض على قاضي الموضوع (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٢٥٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ - ٧ يوليو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٧٦) .

(٣) أما إذا قام نزاع في شأن حساب الإدارة من حيث صحة الأرقام ومطابقتها للحقيقة ، فإن ذلك لا يكفي لفرض الحراسة ، إذ أن مآل الفصل في النزاع لا ينطوي إلا على احتمال انشغال دمة المدعي عليه بمبلغ معين ، وهذا الاحتمال على فرض تحققه لا يمنع من استمرار المدعي عليه من وضع يده على المال (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥) . وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب أو المنازعة في كشوف لا يبرر وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، بخلاف ما إذا كانت هناك مطالبة بعزل الناظر (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ : وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) - وانظر محمد على عرفة ص ٥٣١ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٢ ص ٤٦٣ - ٤٦٤ - ولا تفرض الحراسة على أرض فضاء لا يخشى عليها من أي خطر (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨) .

(٤) ويتوافر شرط الخطر العاجل إذا خشى على العين موضوع النزاع من وجودها تحت

أحوال الحراسة القضائية المتنوعة التي سنعرض لها فيما يلي . ويكفي هنا أن نبين أن الخطر العاجل يكمن في طبيعة الحالة التي تستوجب الحراسة القضائية ، ولا شأن لها بإرادة الخصوم . فإذا رأى القاضى أن الخطر العاجل غير متحقق ، حكم برفض الحراسة القضائية حتى لو كان الخصوم جميعاً متفقين على وجود هذا الخطر ، وذلك مع عدم الإخلال بما قدمناه في الحراسة الاتفاقية من أن اتفاق الخصوم يغنى عن تحرى شرط الخطر العاجل^(١) . والعكس صحيح ، فاتفاق الخصوم على انتهاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه^(٢) . ومن القرائن على انتهاء الخطر العاجل أن يمضى وقت طويل على الحالة قبل أن يتحرك ذو الشأن ويطلب الحراسة^(٣) . ولكن القرينة غير قاطعة فقد يمضى وقت طويل والخطر آخذ في التفاقم فيدفع ذلك أخيراً صاحب المصلحة إلى طلب الحراسة ، ولا يؤخذ عليه سكوته مدة طويلة إذ أن تفاقم الخطر ينشئ مظنة انتهائه^(٤) .

= يد الخصم ، بالنظر إلى إعساره في الحال ، أو ترجيح إعساره في المستقبل (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٥ ص ٩٢ - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) . ولكن إذا كانت العين أرضاً غير مزروعة لا يخشى عليها من تركها تحت يد حائزها إلى أن تنتهى إجراءات قسمتها ، فلا يتوافر شرط الخطر العاجل ، ولا محل لوضعها تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٤ - محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢ ص ٢٢٤ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٨ . وقارن استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٧٧ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٨ - محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ - محمد على عرفة ص ٥٣٤ - مصر مستعجل ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٢ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ١٠١ - ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ - بنى سويف الجزئية أول أكتوبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٨ ص ٧٢٦ - الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ - استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص ٢٥٠ - فسكوت الوارث عن رفع دعوى الحراسة عقب وفاة المورث لا يمنعه من رفعها إذا قام النزاع بعد مدة طويلة (استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٥٨ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠ - =

والخطر العاجل والاستعجال ليسا أمرين مختلفين ، بل هما أمر واحد .
فحيث يوجد خطر عاجل يكون الأمر مستعجلاً ، ويدخل في اختصاص
القضاء المستعجل كما يدخل في اختصاص محكمة الموضوع باعتباره أمراً
مستعجلاً يقتضى اتخاذ إجراء تحفظي هو وضع المال تحت الحراسة القضائية .
وهناك من فرق بين الخطر العاجل والاستعجال ، فجعل الاستعجال درجة
أعلى في الخطر ، وحتم وجود الخطر العاجل شرطاً موضوعياً في جميع دعاوى
الحراسة القضائية سواء رفعت أمام محكمة الموضوع أو أمام القضاء المستعجل ،
واستبقى الاستعجال شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل بهذه الدعاوى . فإذا
رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع ، فما على المحكمة إلا أن تثبت
من وجود الخطر العاجل . أما إذا رفعت أمام القضاء المستعجل ، فعلى القاضي
أن يتثبت أولاً من وجود الخطر العاجل كشرط موضوعي للحكم بالحراسة ،
وأن يتثبت ثانياً من وجود الاستعجال - وهو درجة أعلى في الخطر كما قدمنا -
كشرط لاختصاصه بنظر الدعوى^(١) . ولكن هذا التفريق لا مبرر له ،
فليست هناك درجات متفاوتة في الخطر العاجل ، ومادام الخطر عاجلاً فهذا
هو الاستعجال الذي يعقد للقضاء المستعجل اختصاصه ، وقد استعمل تعبير
« الخطر العاجل » في دعاوى الحراسة مقابلاً ومطابقاً لتعبير « الاستعجال »
في اختصاص القضاء المستعجل^(٢) .

ويخلص مما قدمناه أن شرط الخطر العاجل هو شرط موضوعي ، حتى
لورفعت دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل . ويترتب على ذلك ما يأتي :
(١) إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل ، ورأى القاضي أن الشرط

= عكس ذلك مصر مستعجل أول أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢١ ص ٤١) . ولكن
استئناف الحكم بعد ثلاثة عشر شهراً من صدوره قرينة على عدم قيام الاستعجال ، والقول بأن
ظروفاً جدت يقتضى أن ترفع دعوى مبتدأة بالحراسة (استئناف مختلط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م
٢٩ ص ٥٢٠) .

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ - محمد علي
. راتب فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٢٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٩ - محمد علي رشدي فقرة ٢٠٥
ص ٢٨٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢ .

لم يتوافر ، جاز أن يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص^(١) . (٢) وإذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر الشرط ، لم يجوز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى قد تخلف فيها شرط موضوعي فيتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع^(٢) ، وذلك ما لم تتغير الحالة وتنشأ ظروف جديدة يتحقق معها قيام الخطر العاجل . (٣) وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع ، جاز الدفع بانتفاء الخطر العاجل في أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . (٤) ولا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقفي تابع للدعوى بأصل الحق ، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى مستقلة ، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقفي ، وهي هي لم تتغير طبيعتها سواء رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع ، فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت كإجراء وقفي تابع للدعوى أصلية^(٣) .

٤٠٥ — طبيعة الحراسة القضائية : والحراسة القضائية بطبيعتها إجراء تحفظي ويستتبع ذلك أن تكون إجراء وقفياً لا يمس الموضوع .

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٣ : ويذهب إلى أن القاضي المستعجل يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص ، ولكن يبدو أنه يجوز للقاضي المستعجل أن يحكم برفض الدعوى كما يجوز له أن يحكم بعدم الاختصاص ، إذ الخطر العاجل أمام القضاء المستعجل هو شرط موضوعي وشرط اختصاص في وقت واحد . انظر في أن القاضي المستعجل لا يحكم إلا بعدم الاختصاص : محمد علي راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٣ .

(٢) محمد علي رشدي فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٩ — ص ٢٩٠ — مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٤٨٥ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يجوز وضع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع كدعوى أصلية ومنفصلة عن دعوى أصل الحق : محمد علي راتب فقرة ٣١٩ ص ٨٢٨ هامش ١ .

هذا وينتفي الخطر العاجل إذا كان القانون قد رسم طريقاً آخر يغني عن الحراسة ، كحق الحبس . وقد قضى بأنه ليس للمقاول ، إذا كان ملتزماً بأن يبني عينا وأن يسلمها في موعد معين وكان يدعي حقاً قبل صاحب البناء ، أن يطلب تعيين حارس على العين على اعتبار أن الحراسة هي الطريق الوحيد للتوفيق بين حقه في الحبس وواجبه في التسليم ، لأن المقاول إما أن يكون ذا حق في مبلغ لا يزال في ذمة صاحب البناء وعندئذ فحقه في الحبس يعفيه من واجب التسليم ، أو لا يكون له مبالغ قبله وعندئذ لا يكون من حقه أن يحبس البناء تحت يده ، ويكون عليه أن يسلم البناء فوراً لصاحبه ، وفي الحالتين لا تناقض بين حق المقاول وواجبه حتى يستعان بالحراسة على نحو هذا التناقض (اسكندرية مستعجل ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠١ ص ٦٥٠) .

فهى أولاً إجراء تحفظى . ومن ثم لا يصح أن تكون الحراسة القضائية إجراء تنفيذياً ، أو أن تستعمل وسيلة للضغط على المدين حتى تدفعه إلى الوفاء بدينه . بل يجب ، حتى فى الحالات التى يوضع فيها مال المدين تحت الحراسة القضائية للوفاء بدينه ، أن يكون هناك خطر عاجل على مصلحة الدائن يقتضى هذه الحراسة ، كأن يكون المدين فى سبيل إخفاء ماله أو التصرف فيه إضراراً بالدائن ، فتأتى الحراسة إجراء تحفظياً لمنعه من ذلك . وإذا نتج عنها أن استوفى الدائن حقه ، فلم يكن هذا هو المقصود أصلاً منها^(١) . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الحالات المشار إليها .

وهى ثانياً إجراء وقى . ويترتب على ذلك أنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التى استدعتها^(٢) . فإن تغيرت هذه الظروف وأصبحت الحراسة لا ضرورة لها ، وجب رفعها . والعكس صحيح ، فإذا رفعت الدعوى فى وقت لم يكن هناك مبرر لوضع الحراسة على المال ، لم يكن هذا مانعاً من الحكم بالحراسة بعد ذلك . إذا تغيرت الظروف وجد ما يستدعى وضعها . ولكن هذا لا يعنى أن الحكم فى دعوى الحراسة لا يحوز قوة الأمر المقضى ، بل هو كسائر الأحكام الوقتية يحوز هذه القوة مادامت الظروف التى صدر فيها باقية لم تتغير ، فإذا تغيرت نشأ سبب جديد يمتنع معه الاحتجاج بقوة الأمر المقضى^(٣) .

وهى ثالثاً إجراء لا يمس الموضوع . فالحكم بالحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر فى موضوع الدعوى الأصلية ، وإذا وضع مال متنازع فى ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعين أحدهما حارساً ، فليس هذا معناه ثبوت حق الحارس فى الملكية أو حتى رجحان هذا الحق . فلا يزال النزاع

(١) قرب عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٩ .

(٢) ويجوز للقاضى أن يضرب للخصوم ميعاداً لرفع دعوى الموضوع ، كما يجوز أن يحدد للحراسة أجلاً تنتهى بانقضائه (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ - مصر مستعجل ٣١ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٩ رقم ٣٥٨ ص ٣٤٨ - مصر مستعجل ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٠٠ ص ١٩٦ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ . عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص ٢٦٣ .

الموضوعي ، وهو النزاع في الملكية ، على حاله لم يتأثر بالحراسة ، ومن الجائز أن يقضى بالملكية في النهاية للخصم الآخر الذي لم يعين حارساً . ويترتب على ذلك أنه إذا طلب أحد الخصوم من القاضي ضمن طلب الحراسة طلبات أخرى تتعلق بالموضوع ، قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر هذه الطلبات إذا هي تخرج عن نطاق دعوى الحراسة^(١) . ويترتب على ذلك أيضاً أن القاضي إذ عين حارساً وحدد ما نخوله من سلطات ، لم يجوز أن تتضمن هذه السلطات ما يمس الموضوع ، كأن يسلم أحد الخصوم ريع المال الموضوع تحت الحراسة^(٢) .

(١) ولذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم إلا بناء على ظاهر حقوق الطرفين وما تكشف عنه المستندات بداهة للنظر الأولى ، دون أن يتعرض لموضوع النزاع (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢) ، فلا يحيل الدعوى إلى التحقيق أو يندب خبراء أو يوجه اليمين أو يقوم بغير ذلك من وسائل الفحص الموضوعي ، أما البحث القانوني المحض بفرض أن الوقائع ثابتة ، فليس القاضي بممنوع منه (محمد حلمي راتب فقرة ٣٢١ ص ٨٣٧ - ص ٨٣٨ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص ٢٦١ - نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣) . فقاضي الحراسة في تفسيره أو بحته في موضوع الحق لا يحسم النزاع بين الخصمين لا في التفسير ولا في موضوع الحق ، بل لا يكون تفسيره أو بحته إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلاً يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه ، ويبقى التفسير أو الموضوع محفوظاً سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٧ ص ١١٠٢ - ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦١ ص ٥٢٤ - استئناف مختلط ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧١ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦ . ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٢ - ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٥ - ٨ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٦ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ولا يجوز تخويل الحارس سلطة تسليم البائع ريع العين المبيعة الموضوعة تحت الحراسة قبل أن يحكم في الموضوع في دعوى الفسخ التي رفعها البائع (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٣) . ويعتبر ماساً بالموضوع : تخويل الحارس سلطة إيداع حصة الشركاء المدعى عليهم في الريع خزانة المحكمة حتى يفصل في دعوى مطالبة أحد الشركاء بنصيبه في الريع الذي استولى عليه الشركاء المدعى عليهم ، إذ أن في هذا الإيداع حبساً لحق الشركاء في الريع عن مدة سابقة على الحراسة وماساً بالموضوع (مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥) . كذلك =

٤٠٦ — المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية : ويجب فى المال الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً لإدارته بواسطة الغير ، ومتصلاً بموضوع الدعوى بحيث يكون من شأن الفصل فى هذا الموضوع احتمال رفع اليد الحالية عن المال . وهذه الشروط ، كما هى مطلوبة فى الحراسة القضائية ، تطلب كذلك فى الحراسة الاتفاقية .

فشرط قابلية المال للتعامل فيه يمنع من وضع الحراسة على الأموال العامة . ومع ذلك يجوز وضع المال العام تحت الحراسة إذا كانت ملكيته متنازعة فيها ويدعيها أحد الأفراد وكانت صفته العامة متنازعة فيها أيضاً^(١) . أما الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص المعنوية العامة فيجوز وضعها تحت الحراسة^(٢) . ويجوز وضع المال غير القابل للحجز تحت الحراسة ، إذا لم

= يعتبر ماساً بالموضوع تحويل الحارس حق النزول عن جزء من أجرة الأطيان (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ١٠٣) ، وإن كان يجوز أن يخول حق الصلح مع المستأجر إذا كان ذلك من قبيل حسن الإدارة (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠) . ولا يعتبر ماساً بالموضوع تحويل الحارس سلطة توزيع ريع الوقف على المستحقين بقدر ماورد فى حجة الوقف ، فإن هذا عمل مؤقت تصفى نتائجه تبعاً للحقوق التى تستقر بعد انتهاء النزاع (نقض مدنى أول يونيو سنة ١٩٣٩ المحامة ٢٠ رقم ٧٥ ص ٢٠٥) . كما لا يعتبر ماساً بالموضوع تحويل الحارس بيع الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا خيف عليها التلف أو هبوط القيمة ، وينتقل حق الحصوم إلى الثمن الذى يبيع به هذه الأموال (الإسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحامة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٢٧٣) .

انظر فى ذلك عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٦ - محمد على رشدى فقرة ٣٠٥ ص ٢٩٠ - استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٩ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٩ - ١١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣١٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ .

(١) ويجوز وضع الحراسة على زراعة الأفراد فى الأملاك العامة ، وهو ما يسمى « إيجار خفية » . فإذا قام نزاع بين الأفراد حول الانتفاع بزراعة الأملاك العامة ومن منهم أحق بالحصولات القائمة عليها ، جاز وضع هذه المحصولات تحت الحراسة . والحراسة هنا فرضت على المحصولات وهى أموال خاصة ، ولم تفرض على الأملاك العامة ذاتها (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ وقد أشار إلى حكم صادر من القضاء المستعجل فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ١٢٦٠ سنة ١٩٥٠) .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٦ - وإن كان ذلك مستبعداً لملاءة الدولة والأشخاص المعنوية العامة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ ص ٢٥٤) . ويقضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ =

تكن الحراسة من أجل دين يستوفى من هذا المال : فقانون خمسة الأفدنة مثلاً يمنع الحجز على هذه الملكية الزراعية الصغيرة والتنفيذ عليها بالدين ، فلا يجوز للدائن أن يطلب وضعها تحت الحراسة لاستيفاء حقه منها ، لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها حتى لو قضى له في موضوع الدعوى بالحق الذى يدعيه^(١) ، ولكن إذا وقع نزاع فى ملكية الأفدنة الخمسة أو فى حيازتها أوفى إدارتها ، فإنه يجوز وضعها تحت الحراسة ، إذ أن النزاع الموضوعى لا شأن له بدين يراد استيفاؤه^(٢) .

وشرط قابلية المال لإدارته بواسطة الغير يمنع من وضع الحراسة على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ونحوهم من ذوى المهن الحرة ، إذ لا يتصور أن يحل حارس محل المحامى أو محل الطبيب فى مكتبه أوفى عيادته ، فإن الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه الأحوال يمنع من ذلك^(٣) : ولكن يجوز وضع صيدلية^(٤) أو مدرسة أو كنيسة تحت الحراسة إذا أمكنت إدارتها بواسطة الغير ، فيمكن مثلاً وضع المدرسة تحت حراسة وزارة التربية والتعليم^(٥) ، ووضع

= المعدل لأحكام المادة ٩٧٠ مدنى بعدم جواز تملك هذه الأموال بالتقادم أو كسب أى حق عليها بمضى المدة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز وضعها تحت الحراسة إذا كان النزاع يدور حول الحيازة أو التملك بالتقادم ، ويسرى ذلك أيضاً على الوقف الخيرى (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(١) ملوى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٠١ ص ١٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ - ص ٨٤١ - ويجوز فرض الحراسة على الأموال الخاضعة لقانون تسوية الديون العقارية (كفر الزيات ٧ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٣١ ص ١١١١ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٥ .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٢ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ وهامش ١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٣ - وقارن بودرى وقال فقرة ١٢٧٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص ٤٦٦ .

(٥) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٤ - وانظر عكس ذلك الإسكندرية مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٠٨٣ .

وقد قضى بأنه يجوز وضع مدرسة سادها الاضطراب والقوضى تحت حراسة وزارة المعارف التى لها الولاية العامة على معاهد التعليم ولو لم تكن تابعة لها (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٦ ويشير إلى حكم مصر مستعجل ٢ يناير سنة ١٩٤٣ قضية رقم ٤٢١ سنة ١٩٤٣ وحكم صادر =

الكنيسة تحت الحراسة من النواحي المالية والإدارية دون مساس بالسلطان الروحي لرئيس الطائفة الدينية^(١). وإذا وقع نزاع في شأن مسجد أنشأه أحد الأفراد ، جاز وضعه مثلاً تحت حراسة وزارة الأوقاف . ويجوز وضع جريدة تحت الحراسة إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك^(٢).

وشرط اتصال المال بموضوع الدعوى يمنع من وضع أموال الوكيل تحت الحراسة في دعوى حساب عن إدارته ، إذ حتى لو ثبت انشغال ذمته

= في الاستئناف من محكمة مصر الوطنية أول فبراير سنة ١٩٤٣ دائرة أولى قضية رقم ٣٣٢ سنة ١٩٤٣ . وقضى كذلك بتعيين حارس قضائي على مدرسة لتعليم اللاسلكي لإدارتها وتحصيل إيراداتها وصرف ما يلزمها من نفقات وإيداع صافي الإيراد خزانة المحكمة حتى يفصل في النزاع بين أصحاب المدرسة المذكورة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٦ وقد أشار إلى حكم مصر مستعجل ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ٤٧٧ سنة ١٩٥٠) . ويجوز وضع الحراسة على النوادي الرياضية والجمعيات الثقافية ، وقد قضى بتعيين حارس قضائي على نادي التجديف الدولي بناء على طلب أحد أعضائه لضمان استمرار العمل فيه مؤقتاً عندما أغلقه رئيس لجنة النادي ورفض عقد الجمعية العامة طبقاً لقانون النادي (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٧) . وقضى بفرض الحراسة على نقابة عمال شركة الترام لما احتدم الخلاف بين أعضاء النقابة ومجلس الإدارة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٢٣٢ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ١) .

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥١ - استئناف أسيوط ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٧٣ ص ٨١٣ - عكس ذلك أسيوط الكلية ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٥١ ص ٥٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع بين طرفي الخصومة مقصوراً على وضع اليد على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات ، فإنه يعتبر نزاعاً مدنياً ليس فيه ما يمس العبادات من قرب أو بعيد ، ويكون الدفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية بنظره استناداً إلى نص المادة ١٥ من لائحة ترتيبها على غير أساس . وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى بإقامة حارس على الكنيسة قد حدد مأموريته - دون مساس بالسلطان الروحي لغبطة الرئيس الديني للطائفة - بتسليم أموالها ومنقولاتها والإشراف على النواحي المالية والإدارية وتحصيل الإيرادات من اشتراكات وتبرعات وغيرها وصرف المصاريف الضرورية ودفع المرتبات وإيداع الباقي خزانة المحكمة على ذمة الفصل في الدعوى الموضوعية - إذا كان الحكم قد قضى بذلك ، فإنه لا يكون قد جاوز حدود اختصاصه (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٣ ص ١١٨) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٢ .

(٢) استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٤٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م

بمبلغ معين بعد تقديم الحساب ، فإن هذا لا يستوجب رفع يده عن ماله ؛ وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب لا تسوغ وضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، وإنما يسوغ ذلك قيام نزاع على النظر أو بين الناظر أو دعوى بعزل الناظر أو شغل النظر على الوقف^(١) كما سيأتى :

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز وضع المال تحت الحراسة ، قضائية كانت الحراسة أو اتفاقية . ويستوى فى ذلك أن يكون المال عقاراً أو منقولاً^(٢) . ويستوى كذلك أن يكون مالا مادياً كمنزل أو أرض أو سيارة ، أو أن يكون ديناً فى الذمة وقد قضى بتعيين حارس قضائى ليقوم بتحصيل الأجرة من المستأجر وإيداعها خزانة المحكمة حتى يفصل فى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير الذى وضع تحت يد المستأجر^(٣) .

ويجوز أن يكون المال الموضوع تحت الحراسة حقوقاً معنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية ، فإذا وقع نزاع فى ملكية هذه الحقوق مثلاً ، جاز وضعها تحت الحراسة^(٤) .

(١) استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٨ ص ٧٢٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥ - محمد على عرفة ص ٥٣١ - محمد كامل مرسى فرة ٣٥٢ ص ٤٦٣ - ص ٤٦٤ .
(٢) سواء كان المال مفرزاً أو شائعاً ، يشغله المدعى عليه أو كان مؤجراً للغير (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٤ هامش ٢ و ٣ والأحكام المشار إليها) .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٢ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١١٨ - وقارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٨ - وقد قضى بتعيين حارس على العقار إذ امتنع المستأجرون عن أداء الأجرة انتظاراً للفصل فى دعوى بطلان التنازل الصادر من المؤجر للغير (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧) .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٢ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٥ هامش ١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٩ - وانظر فى إمكان وضع الحراسة على دفاتر شركة محاصة أو دعوى الشريك فى قضية مع شخص ثالث ، فانتهز الشريك الأول هذه الفرصة وطلب وضع الحراسة لإذ أنكر شريكه وجود هذه الشركة : مصر مستعجل ٩ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ ص ٦٥٢ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٣٩ هامش ١ - وانظر عكس ذلك قنا الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١١١٩ - انظر أيضاً فى جواز وضع الحراسة على المستندات بودرى وقال فقرة ١٢٧٣ .

ويجوز وضع الحراسة على مجموع من المال كالتاجر والتركة والشركة (١) ، وقد قام خلاف في ذلك في القانون الفرنسي وفي عهد التقنين المدني القديم (٢) ، ولكن التقنين المدني الجديد حسم هذا الخلاف بالنص الصريح ، فأجاز في المادة ٧٢٩ منه الحراسة على مجموع من المال ، كما أجاز في المادة ٧٣١ الحراسة على الوقف . ولكن لا يجوز وضع الحراسة على مجموع الذمة المالية للشخص ، إذ أنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا في حالات الحجر والإفلاس والإعسار (٣) .

٧ - ٤ - — مبحثاه : بعد أن مهدنا للكلام في الحراسة القضائية بتقرير أن شرط الخطر العاجل يجب توافره في جميع فروض هذه الحراسة وأحوالها ، وببيان طبيعة هذه الحراسة وأنها إجراء تحفظي وقائي لا يمس الموضوع ، وبذكر الشروط الواجب توافرها في المال الذي يجوز وضعه تحت الحراسة والأنواع المختلفة لهذا المال ، تتناول الآن موضوع الحراسة القضائية في مبحثين : نبين في الأول منهما الفروض التي يجوز فيها هذه الحراسة ، ونتكلم في الثاني في دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائي .

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٧ .

(٢) ويرجع الخلاف إلى أن نص المادة ١٩٦١/٢ مدني فرنسي يميز الحراسة على « عقار » أو على « منقول » بلفظ المفرد ، وكذلك فعل النص الفرنسي للمادة ٤٩١/٦٠٠ مدني قديم ، فوقعت الشبهة في أن الذي يجوز وضعه تحت الحراسة هو عين معينة بالذات لا مجموع من المال . (٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٠ في الهامش وما يلي فقرة ٤٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص ٤٦٥ - وانظر في جواز الحراسة على أموال المدين المعسر عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٨ - وعكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠ - وسنعود إلى مسألة الحراسة على أموال المدين المعسر فيما يلي فقرة ٤٢٨ .

ويجوز وضع الحراسة على مال ليس في حيازة صاحبه ، فتجوز الحراسة على العين المؤجرة ويتولى الحارس قبض الأجرة وينفق منها على شؤون الحراسة (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢٢ ص ٢٨٩ - أول مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٣٠ ص ٧٠ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٦) .

المبحث الأول

الفروض التي تجوز فيها الحراسة القضائية

٤٠٨ - الفروض النصوص عليها في القانون ليست مذكورة على

سبيل الحصر : حتى نبين ذلك يحسن أن نستعرض ، في عجلة تاريخية ، نصوص التقنين المدني الفرنسي في الحراسة القضائية ، ثم نصوص التقنين المدني المصري القديم وقد أخذت عن نصوص التقنين المدني الفرنسي بعد أن توسع القضاء في تطبيقها والفقهاء في تفسيرها .

ظهرت الحراسة القضائية في النصوص التشريعية ، في القانون الفرنسي القديم ، في الأمر الملكي الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ . فقد نصت المادة الثانية من الباب التاسع عشر من هذا الأمر على أنه « يجوز أن تقام الحراس ، بناء على طلب الخصوم أو بأمر المحكمة من تلقاء نفسها ، في حالة ما إذا قدر القضاء أن هناك ضرورة لإقامتهم^(١) » وهذا النص كما نرى عام مطلق ، فليست هناك حالات محصورة للحراسة القضائية ، بل يجوز أن تقام هذه الحراسة في أية حالة يرى فيها القاضي ضرورة لإقامة الحراسة . فليس هناك إذن إلا شرط عام هو قيام الضرورة ، والضرورة تقوم بداهة بقيام الخطر العاجل .

ولكن التقنين المدني الفرنسي لم يطلق العبارة كما أطلقها الأمر الملكي ، بل نصت المادة ١٩٦١ منه على ما يأتي : « يجوز للقضاء أن يأمر بإقامة حارس : (١) على منقولات المدين المحجوز عليها . (٢) على عقار أو منقول تكون ملكيته أو حيازته متنازعا عليها بين شخصين أو أكثر . (٣) على الأشياء التي يعرضها المدين لإبراء ذمته » . فجاء النص يعدد الحالات التي يجوز فيها فرض الحراسة القضائية ، ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء وأحكام القضاء

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة الثانية من الأمر الملكي الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ :

Les séquestres pourront être ordonnés tant sur la demande des parties que d'office, en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire.

(انظر بودرى وقال فقرة ١٢٦٩ من ٦٨٢) .

القدمة إلى أن هذا التعداد قد جاء على سبيل الحصر على تفاوت في درجة هذا الحصر^(١). ولكن كثيراً من أحكام القضاء الفرنسي وبخاصة الحديث منها ، ذهب ، مع فريق آخر من الفقهاء ، إلى أن التعداد لم يجرى على سبيل الحصر ، بل جاء على سبيل المثال^(٢).

وقد تأثر المشرع المصري بالرأى الثانى ، فنصت المادة ٦٠٠/٤٩١ من التقنين المدنى القديم على أن « للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعات تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين ». فجاءت العبارة أكثر إطلاقاً من عبارة التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٩٦١ منه على ما رأينا ، إذ لم يشترط المشرع المصرى فى الشيء المتنازع

(١) ديفرچيه فقرة ٥٣٦ - ترولون فقرة ٢٩٥ - هيك ١١ فقرة ٢٧١ - بون ١ فقرة ٥٦٠ - أوبرى ورو (الطبعة الرابعة) ٤ فقرة ٤٠٩ هوامش ٤ - ٧ - پلانيول وريبير بوسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ - نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٥١ داللو ٥١ - ١ - ٢٦٩ - ١٧/ يناير سنة ١٨٥٥ داللو ٥٥ - ١ - ١١ - ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللو ٧٦ - ١ - ٣١٣ - ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٣٧٧ - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللو ٩٠ - ١ - ٣٤ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٧٠ داللو ٧١ - ٢ - ٨٩ - ٩ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ٢ - ٢٨٨ - بوردو ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٤ مجموعة بوردو ١٩٠٥ - ١ - ١٧١ - السنين ٨ يوليه سنة ١٨٩٥ Le Droit ٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ - وقارن كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٤٨ ص ٨١٥ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٧ - أنسيكلوبيدى داللو ٤ لفظ Séquestre فقرة ١٠ وما بعدها .

(٢) لارومبيير م ١١٨٠ فقرة ٦ - لوران ٢٧ فقرة ١٧٣ - كولى دى سانتير ٨ فقرة ١٧٣ مكررة - جيوار فقرة ١٧٥ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٩ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٠ هامش ١ مكرر ٦ - پلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٨٥ - نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللو ١٩٢٤ - ١ - ١٦٩ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٢٢ - ١ - ٤٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ - ٢ - ٣٢٢ - باريس ٤ مايو سنة ١٨٦٧ داللو ٦٧ - ٢ - ١٥٩ - ١٥ أبريل سنة ١٨٨٥ داللو ٨٦ - ٣ - ١٢٧ - ٢٩ يوليه سنة ١٩١٩ داللو ١٩٢٠ - ٢ - ٧٤ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ - ٢ - ٩٢٠ .

وقد توسع القضاء الفرنسى فى الأحوال التى يجوز فيها فرض الحراسة إلى حد أنه أجاز فرضها على ملفات أعمال مهندس معمارى وأوراقه بعد أن انتقلت بموته إلى مهندس آخر ، وذلك حتى يتمكن ورثة المهندس الأول من الرجوع إليها فى دفع دعاوى المسؤولية التى توجه إليهم كورثة (نانسى الابتدائية ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ مجموعة أحكام نانسى ٩٥ - ١٥٧ - بودرى وقال فقرة ١٢٧٣) .

عليه الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون النزاع منصباً على الملكية أو الحيازة من ناحية ، وأجاز من ناحية أخرى الحراسة فى الشيء ولو لم يكن متنازعا عليه إذا كان موضوعاً تحت يد القضاء . والمقصود بالشيء الموضوع تحت يد القضاء الشيء الخالى من النزاع المحكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، كالمنقول أو العقار المحجوز عليه والعقار المرهون عند تخلية الحائز إياه^(١) . فلا يجوز إذن طبقاً للنص أن تفرض الحراسة على شيء خال من النزاع وغير محكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، فلا تفرض الحراسة على أموال التركة أو على الأموال الموقوفة إذا طلب دائنو المورث أو دائنو المستحق فى الوقف وضعها تحت الحراسة . ولكن ما لبث القضاء فى مصر أن توسع فى تطبيق النص ، ولم يعتبر حالات الحراسة القضائية المنصوص عليها مذكورة على سبيل الحصر ، فأضاف إليها حالات أخرى غير مذكورة فى النص ، وأجاز مثلاً فرض الحراسة على الأموال الموقوفة بناء على طلب دائنى الوقف أو دائنى أحد المستحقين فيه لاستيفاء ديونهم من ريعه^(٢) ، كما أجاز لدائنى التركة وضع أموال التركة تحت الحراسة لضمان وفاء ديونهم^(٣) ، بل أجاز لأى دائن أن يضع أموال مدينه تحت الحراسة إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة المنتجة لتنفيذ حكم واجب النفاذ^(٤) .

-
- (١) جرائم ولان فقرة ٩٠٨ ص ٣١٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٨٠ - فقرة ٨٢ - مصر الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ .
- (٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٤ ص ٥٨١ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - مصر مستعجل ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٢٣ ص ٩٣٥ .
- (٣) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ .
- (٤) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ .
- وانظر فى توسع القضاء المصرى فى حالات الحراسة القضائية فى عهد التقنين المدنى القديم عبد الحكيم فراج فقرة ٨٤ وما بعدها . وانظر فى جواز وضع المال تحت الحراسة فى عهد التقنين المدنى القديم عند وقوع نزاع أو عند قيام خطر عاجل : استئناف وطنى أول نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣١٣ - ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٩ - استئناف مصر أول نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٣ ص ٤٠٠ - بنى سويف استئنافى ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ =

وفي هذا الجو من توسع القضاء وضع التقنين المدني الجديد ، فأورد في نصين متعاقبين - م ٧٣٠ و م ٧٣١ - الفروض التي تجوز فيها الحراسة القضائية ، وقد سائر التقنين الجديد القضاء في توسعه ، وإذا كان ظاهر النصوص يشعر أن هذه الفروض مذكورة على سبيل الحصر ، إلا أن الواقع من الأمر أنها وسعت نطاق الحراسة القضائية إلى غير ما حددت ، وأن فرضاً منها أجاز الحراسة القضائية « إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » ، فكسر هذا النص كل الحواجز ، وأصبحت الفروض الأخرى المذكورة في النصوص مجرد تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، وهي تطبيقات غير مذكورة على سبيل الحصر ، ولم يعد يشترط لفرض الحراسة القضائية غير الشرط العام وهو قيام الخطر العاجل ، دون تفريق بين حالة وأخرى .

ونتناول الآن الفروض التي نص عليها التقنين المدني في المادة ٧٣٠ منه وهي تعرض للأموال غير الموقوفة ، وفي المادة ٧٣١ وهي خاصة بالأموال الموقوفة :

= الحقوق ٥ ص ٣٨٠ - الجيزة ٢٢ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٦٨ - مصر استثنائي ١٠ أكتوبر سنة ١٨٩٢ القضاء ٢ ص ١٦٨ - بني سويف أول نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٤٩٦ - طنطا جزئ ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ١٦ ص ٨٩ . أسيوط استثنائي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ - مصر الكلية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠٢ - استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٦ .

وانظر مع ذلك في أن الحراسة هي من الإجراءات الاستثنائية التي لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة : استئناف وطني ١٥ يوفيه سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٢٧٣ (الخصم المطلوب رفع يده بالحراسة قدم تأمينات كافية فلا محل للحراسة) - ٢٧ مارس سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١٤ - مصر الوطنية ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢١٢ (طالب الحراسة واضح يده على العين وخصمه قبل أن يبق واضح اليد فلا محل للحراسة) - ٢ يوفيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٧٣ - طنطا ٩ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٨٧ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٥ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٨ - ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥١ - أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٧ .

المطلب الأول

أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير الموفوفة

٤٠٩ — نص قانوني : تنص المادة ٧٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » :

« ١ — في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن

على الحراسة » .

« ٢ — إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من

الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » .

« ٣ — في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٩١/٦٠٠^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادة ٦٩٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٠ — ولا مقابل للنص في

التقنين المدني العراقي — ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة

٧٢٠/١ و٢^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « ويجوز للقضاء أيضاً أن يأمر بالحراسة . ١ — في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة . ٢ — في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون .

٣ — إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء أو أن ي تلفه أو أن يغير فيه » . وفي لجنة المراجعة قدمت الفقرة الثالثة

على الفقرة الثانية ، وعدلت العبارة الأخيرة منها ليكون حكمها عاماً دون أن تشتمل على صفة يستفاد منها الحصر ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه

٧٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٠) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٩١/٦٠٠ : للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء

المتنازع فيها أو الموضوع تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين ذلك أحد الأخصام المترافعين . (وقد قدمنا — انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ — أن التقنين المدني القديم تقدم خطوة كبيرة نحو

التعميم من التقنين المدني الفرنسي ، وأنه على النحو الذى طبق به في القضاء المصرى أصبح في مجموعه موافقاً للتقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٦ (مطابق) .

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك فروضاً ثلاثة تجوز فيها الحراسة القضائية . وإذا توخينا أن نرتب هذه الفروض ترتيباً نراعى فيه التدرج من التخصيص إلى التعميم ، لوجب أن تعدل عن الترتيب الوارد في النص ، بل ونعدل عن الترتيب الوارد في المشروع التمهيدى^(١) ، إلى الترتيب الآتى :

(الفرض الأول) ويشتمل على حالات وردت في نصوص معينة . وقد أجاز القانون فرض الحراسة القضائية في هذه الحالات الخاصة المذكورة على سبيل الحصر ، إذا توافرت الشروط التى نص عليها . ونرى من ذلك أن هذا الفرض الأول قد انحصر في حالات خاصة معينة بذواتها ، فهو أدنى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم .

(الفرض الثانى) ويتناول الحالات المشار إليها في المادة السابقة على المادة ٧٣٠ مدنى ، أى الحالات المشار إليها في المادة ٧٢٩ مدنى وهى المادة الخاصة بالحراسة الاتفاقية . فتجوز الحراسة القضائية على « منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت » (م ٧٢٩ مدنى) ، « إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة » (م ٧٣٠ مدنى) . وهنا نرى أننا انتقلنا خطوة من التخصيص إلى التعميم . فجعلنا الحراسة جائزة في كل شىء يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت . والمفروض طبعاً في هذا الفرض أن هناك خطراً عاجلاً وهو الشرط العام في كل حراسة قضائية كما قدمنا ، ولكن قيام الخطر العاجل لا يكفى بل يجب أيضاً أن يكون هناك .

= التقنين المدنى الليبى م ٧٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٧٢٠ و ٢ : يعهد في الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى - وللقاضى أن يقرر تعيين حارس : ١ - للشىء الذى يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها ، إلى أن يزول النزاع أو الشك ، أو للشىء الذى يعرضه المديون لإبراء ذمته . ٢ - للأموال المنقولة وغير المنقولة التى يخشى صاحب الشأن ، لأسباب مشروعة ، أن يختلسها أو يضيع اليد عليها أو يتلفها أو يعيبها . ٣ - للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن إذا أثبت الدائن عجز مديونه أو كان لديه من الأسباب المشروعة ما يحمله على الخوف من هربه أو اختلاسه لتلك الأشياء أو تعيينها .

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

نزاع أو أن يكون الحق غير ثابت . ومن ثم كان هذا الفرض في منزله وسطى .
بين التخصيص والتعميم .

(والفرض الثالث) وفيه لا ترد حالات خاصة معينة بذواتها كما في الفرض الأول ، بل ولا يرد قيد قيام النزاع أو عدم ثبوت الحق كما في الفرض الثاني ، فيكفي أن يقوم خطر عاجل ، أو كما يقول النص أن تتجمع لدى صاحب المصلحة « من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » ، حتى يجوز للقاضي أن يفرض الحراسة القضائية . فلا يشترط إذن في هذا الفرض الثالث إلا توافر الشرط العام في كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل ، ومن ثم كان هذا الفرض هو أعلى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم . ونبحث هذه الفروض الثلاثة وفقاً لهذا الترتيب .

§ ١ - حالات وردت فيها نصوص قانونية

١٠ - أمثلة من هذه المحاللات : نستبعد من هذه الحالات تلك التي يعين فيها مصنف لمجموع من المال ، كسنديك التفليسة ومصنف الشركة (م ٥٣٤ مدني وما بعدها) ومصنف التركة (م ٨٧٦ مدني وما بعدها) . فالمصنف ليس حارساً يدير المال فحسب ، بل هو أيضاً يصفيه فيدفع الديون ويستوفي الحقوق ، وهذه سلطة أوسع من سلطة الحارس . ونستبعد أيضاً من يكون مديراً للمال الشائع ، سواء عينته أغلبية الشركاء أو عينته المحكمة أو كان شريكاً تولى الإدارة دون اعتراض من الباقين (م ٨٢٨ مدني) . فإن المهمة الأصلية لمدير المال الشائع هي إدارة المال ويأتي حفظه تبعاً لذلك ، أما المهمة الأصلية للحارس القضائي فهي حفظ المال وتأني إدارته تبعاً لذلك ، ولذلك كانت سلطة مدير المال الشائع في الإدارة أوسع عادة من سلطة الحارس القضائي .

ونورد بعد ذلك أمثلة لحالات نص القانون على أن يقام فيها حارس قضائي . وقد اخترنا منها الحالات الآتية : (١) عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة (م ٣٣٦ مدني) . (٢) نزاع الشيء الذي ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة (م ٩٨٨ مدني) . (٣) تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية

(م ١٠٧١ مدني) . (٤) وضع الدائن المنقول المثلث بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة (م ١١٣٣/٣ مدني) . (٥) تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها (م ٥١١ مرافعات) . (٦) وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة (م ٦١٨ مرافعات) (١) .

٤١١ — عرصه المدين محل الوفاء على الدائن ووضع تحت الحراسة :
تنص المادة ٣٣٦ من التقنين المدني على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتنص المادة ٧٩٠ من تفنين المرافعات على أنه « إذا رفض العرض ، وكان المعروض شيئاً غير النقود ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه » . وقد عرضنا لهذه المسألة في الجزء الثالث من الوسيط عند الكلام في العرض الحقيقي والإيداع ، وقلنا إن نص المادة ٣٣٦ مدني « للتوفيق بينه وبين

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى مثلين من هذه الأمثلة الستة ، فقالت : « في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون ، كحالة توقيع الحجز (على المنقول) ، وقد نصت عليها المادة ٤٤٦/٥٠٨ من تقنين المرافعات (القديم) ، وحالة العرض الحقيقي فيما لا يمكن إيداعه خزينة المحكمة وقد نص عليها المشروع في المادة ٤٧٢ : انظر المادة ١٩٦١ من التقنين الفرنسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩) .

وهناك نصوص أخرى نصت على حالات يقام فيها حارس قضائي منها ما ورد في تقنين المرافعات ضمن الإجراءات المقررة في مواد الأحوال الشخصية ، ومن ذلك ما قضت به المادة ٩٤١ مرافعات وتنص على ما يأتي : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضي الأمور الوقفية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » .

: ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٦٧ مرافعات من أنه « يجوز لقاضي الأمور المستعجلة في أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة ، ويبين القاضي سلطة هذا المدير » . ومنها ما ورد في تشريعات خاصة ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (المضافة بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢) من أن « تظل الأعيان والأموال التي كانت موقوفة تحت يد ناظر الوقف حتى يتم تسليمها إلى مستحقيها ، على أن تتكون له في هذه الفترة صفة الحارس القانوني » .

المادة ٧٩٠ مرافعات ، يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كآلات الزراعة والسيارات والمؤن وأدوات العبرة ونحو ذلك . فإذا كان العروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إذا كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع^(١) . ونرى من ذلك أن القانون قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشيء المعروض ، إذا كان مما لا يتيسر نقله ، وقد عرضه المدين لإبراء ذمته ، يكون في خطر عاجل إذا اقتصر المدين على تركه تحت تصرف الدائن دون أن يتسلمه هذا الأخير فعلاً ، فأوجب وضعه تحت الحراسة . وتكون الحراسة هنا قد توافر شرطها العام وهو قيام الخطر العاجل ، إلا أن هذا الشرط قد فرض القانون توافره فرضاً لا يقبل إثبات العكس كما قدمنا نظراً للظروف المحيطة بالشيء المعروض ، وتقوم الحراسة في هذه الحالة مقام الإيداع^(٢) . وقد رأينا تقنين المرافعات يجعل أمر الحراسة هنا من اختصاص القضاء

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٣٤ .

(٢) وتنص المادة ٧٩٢ مرافعات على أنه « يجوز العرض الفعل حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من تقارير الخصوم خصوصاً بالعرض ورفضه - وإذا كان المعروض بالجلسة من غير النقود ، تعيين على المعارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس - والمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض » .

المستعجل ، وهو القضاء المختص عادة في دعاوى الحراسة . ويمكن أن يفسر نص المادة ٣٣٦ مدني سالف الذكر على أن الترخيص في الإيداع ووضع الشيء المعروض تحت الحراسة يطلبان أيضاً من قاضي الأمور المستعجلة ، ولكن لما لم يصرح النص بذلك كما صرح نص المادة ٧٩٠ مرافعات ، أمكن أن يقال بالالتجاء إلى قاضي الأمور الوقفية للحصول على أمر على عريضة تقدم له ، وهو على كل حال اختصاص غير مألوف في دعاوى الحراسة كما سنرى .

٤١٢ - نزع الشيء الذي ترتب عليه من انتفاع من المنتفع ووضع

تحت الحراسة : تنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له ، وأن يديره إدارة حسنة . ٢ - وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أن غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها ، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير » . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة في صورتها المألوفة ، فالمنتفع يستعمل الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ، وقد عرضه بهذا الاستعمال لخطر عاجل يصيب حقوق المالك . فيجوز للمالك في هذه الحالة أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل ، وبعد أن يثبت الخطر العاجل الذي يهدد الشيء ، يحصل على حكم بتقديم تأمينات . فإن لم يحصل على هذه التأمينات ، أو حصل عليها ومع ذلك استمر المنتفع في إساءة الانتفاع ، جاز للمالك أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل يجوز له تبعاً لخطورة الإساءة في الاستعمال أن يطلب إسقاط حق الانتفاع ورد العين إليه . فالحراسة هنا ، كالحراسة في أي موضع آخر ، يجب أن يتوافر فيها شرط قيام الخطر العاجل ، وليس هذا الشرط مفروضاً توافره كما فرض توافره في الحالة السابقة ، بل يقع على المالك عبء إثباته . ودعوى الحراسة ترفع أمام القضاء المستعجل ،

كسائر دعاوى الحراسة . ومن الحائز أن ترفع دعوى موضوعية بإسقاط حق الانتفاع ، وترفع تبعاً لها أمام محكمة الموضوع دعوى مستعجلة بوضع العين تحت الحراسة^(١) .

٤١٣ — تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ في مواجهته

«إجراءات نزع الملكية : تنص المادة ١٠٧١ من التقنين المدني على أن « ١ — تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ٢ — ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » .

ويتبين من النص سالف الذكر أننا أمام حالة من حالات الحراسة ، يفرض فيها القانون ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هناك خطراً عاجلاً إذا لم يوضع العقار المرهون الذي تخلى عنه الحائز تحت الحراسة ، وذلك نظراً لضرورة المضي في إجراءات نزع الملكية محافظة على حقوق الدائنين ، وتعرض هذه الحقوق لخطر عاجل إذا لم يوجه شخص تتخذ في مواجهته الإجراءات بعد أن تخلى الحائز عن العقار المرهون . ومن ثم يجوز للدائن المباشر للإجراءات ،

(١) ومثل المنتفع المرتهن رهن حيازة . وقد نصت المادة ١١٠٦ مدني على ما يأتي : « ١ — يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله . ٢ — فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسري عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » .

وما قلناه في المنتفع نقوله في المرتهن رهن حيازة . فالنص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة ، فهناك خطر عاجل من إدارة المرتهن للشيء إدارة سيئة أو من إهماله الجسيم أو من إساءته لاستعمال حقه ، فجاز للمدين الراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز له طلب إسقاط حق الرهن واسترداد الشيء المرهون مقابل دفع المدين على الوجه المبين بالنص .

أو أى دائن آخر ، أو الحائز نفسه ، أو أى شخص له مصلحة فى التعجيل ، أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل لوضع العقار تحت الحراسة . ويعين القاضى حارساً للعقار ، ما لم يطلب الحائز نفسه أن يكون هو الحارس فيعيته . وتتخذ فى مواجهة هذا الحارس إجراءات نزع الملكية ، ولو كان الحارس هو الحائز فإن الإجراءات فى هذه الحالة تتخذ ضده بصفته حارساً لا بصفته مالكا .

٤١٤ — وضع الدائن المنقول المثل بحق امتياز لمصلحة تحت الحراسة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى : « وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

ويتبين من هذا النص أن الدائن الذى له حق امتياز على المنقول ، كالدائن بمبالغ منصرفه فى البذر والسماذ وأعمال الزراعة والحصاد وله حق امتياز على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه ، وكالمؤجر وله حق امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وكبائع المنقول وله حق امتياز على المنقول المبيع ، يجوز أن يطلب وضع المحصولات الموجودة بالأرض ، أو وضع المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، أو وضع المنقول المبيع ، تحت الحراسة . ويشترط فى ذلك أن يخشى الدائن لأسباب معقولة من أن يبدد المدين المنقول المثل بحق الامتياز ، فإنه إذا تصرف فى هذا المنقول لحائز حسن النية لم يستطع الدائن أن يحتج بحق الامتياز على هذا الحائز (م ١/١١٣٣ مدنى) . ونرى من ذلك أن النص سالف الذكر ليس إلا تطبيقاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة ، إذ على الدائن أن يثبت أنه تجمعت لديه أسباب معقولة يخشى معها من خطر عاجل على حق امتياز ، فهو يتوقع أن المدين يوشك أن يتصرف فى المنقول فإذا كان من يتصرف له حسن النية وحاز المنقول ضاع على الدائن حق الامتياز . وهذا هو الشرط العام فى جميع دعاوى الحراسة . ويرفع الدائن هذه الدعوى أمام القضاء المستعجل ، إلا إذا كان قد رفع دعوى موضوعية يطالب فيها المدين بحقه فيستطيع عندئذ أن يرفع دعوى مستعجلة بالحراسة أمام محكمة الموضوع تبعاً للدعوى الموضوعية .

٤١٥ — تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها : تنص المادة ٥١١ . من تقنين المرافعات على أن « يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ، ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر . ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ، إلا إذا خيف التبديد وكان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر في المحضر . ولا يجوز أن يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر ، ولا أن يكون قريباً أو صهرراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة » . وتنص المادة ٥١٢ من نفس التقنين على أنه « إذا لم يجد المحضر في مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً ، كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها . أما إذا لم يكن حاضراً ، فيجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة ، وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى محكمة المواد الجزئية ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر ، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة المحلية الحراسة مؤقتاً » .

ويلاحظ هنا أن الخطر العاجل الذى فرضه القانون فرضاً لا يقبل إثبات العكس هو الخطر الذى تتعرض له مصلحة الدائن الحاجز فيما إذا بددت المنقولات المحجوز عليها أو ضاعت ، ومن أجل ذلك أوجب القانون تعيين حارس عليها يقوم بحفظها وصيانتها ويقدمها فى اليوم المحدد للبيع . وهنا نرى أن الحراسة مقررة بموجب القانون فلا حاجة لاستصدار حكم بها أو أمر على عريضة . أما الحارس فلا يعينه القاضى ، بل المحضر الذى يوقع الحجز . وقد اشترط القانون كما رأينا ألا يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر أو أن يكون قريباً أو صهرراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة . ويبيّن القانون الطريقة التى يعين بها الحارس ، فيعين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ما لم يخش لأسباب معقولة أن يبدد المنقولات المحجوز عليها . فإن لم يطلب المحجوز عليه تعيينه حارساً ، وأتى هو أو الحاجز بشخص مقتدر ، عينه المحضر حارساً . فإن لم يأت أحد منهما بشخص مقتدر ، عين المحضر الحارس بنفسه . فإن لم يجد فى مكان الحجز شخصاً مقتدراً يقبل الحراسة ، وكان المحجوز عليه حاضراً ، ألزمه أن يكون حارساً ، « فليس فى تحميله واجب المحافظة على ماله إعنات له » كما تقول المذكرة الإيضاحية لتقنين المرافعات . أما إذا لم يكن المحجوز

عليه حاضراً ، فإنه يجب على المحضر أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على المنقولات وأن يرفع الأمر فوراً لقاضى المحكمة الجزئية ، فيعين هذا حارساً مختاره الحاجز أو المحضر ، أو يكلف أحد رجال الإدارة المحلية بأن يكون حارساً . « ولا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يعبرها ، وإلا حرم من أجره الحراسة فضلاً عن إلزامه بالتعويضات (١) . وإنما يجوز له إذا كان مالكا لها أو صاحب حق في الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له . وإذا كان الحجز على ماشية أو عروض أو أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مستغل أو مؤسسة ، جاز لقاضى الأمور المستعجلة بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الإدارة أو الاستغلال أو يستبدل به حارساً آخر يقوم بذلك » (م ٥١٤ مرافعات) . « ولا يجوز للحارس أن يطلب إعفائه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك . ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضى محكمة المواد الجزئية بميعاد يوم واحد ، ولا يجوز الطعن فى الحكم الذى يصدر . ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الحديد مهمته ، ويثبت هذا الجرد فى محضر يوقع عليه الحارس ويسلم صورة مخنه » (م ٥١٥ مرافعات) .

٤١٦ - وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة : فى التنفيذ على العقار

تنص المادة ٦١٧ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ، ليوزع منها ما ينخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن

(١) ويجوز للقضاء المستعجل أن يعزل الحارس وأن يستبدل به غيره ، كما يجوز له أن يقصر مأمورية الحارس على جرد المنقولات المحجوز عليها والإشراف على بقائها فى مكان الحجز بمعينتها فى أوقات محددة ، حتى يتيسر للمحجوز عليه الاستمرار فى الانتفاع بها (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٥) . ويجوز لذوى الشأن طلب الحكم بعزل الحارس إذا قامت أسباب جدية تبرر ذلك (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٦) . واختيار الحارس من حق الدائن الحاجز ، وإذا كان قد أجزت إقامة المدين حارساً فذلك مشروط فيه رضا الحاجز أو على الأقل عدم اعتراضه (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . والمدين المحجوز عليه هو المسئول أصلاً عن أجره الحارس المعين على الأشياء المحجوز عليها (تلا ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٧ ص ٧٥٢) .

العقار » . ومن هنا أوجب القانون إقامة حارس على العقار حتى يكون مسئولاً عن ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، إذ « يترتب — كما تقول المادة ٦١٥ مرافعات — على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً » . والحراسة هنا أيضاً تتقرر بموجب القانون وتقوم على خطر عاجل يفرضه القانون فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا الخطر يهدد مصلحة الدائنين فيما يتعلق بثمار العقار وإيراداته والخشية من أن تبدد أو تضيع (١) .

بقي تعيين الحارس ، وهنا فرق القانون بين ما إذا لم يكن العقار مؤجراً أو كان قد أوجر . ففي الحالة الأولى تنص المادة ٦١٨ مرافعات على أنه « إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى . وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه دون أجره » . فالحجوز عليه إذن يعتبر حارساً بحكم القانون ، ومع ذلك يجوز عزله واستبدال حارس آخر به ، أو تحديد سلطته كأن يفرض عليه بيع الثرات والحاصلات بالمزاد العلنى ، وبذلك يحكم يصدر من قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة (٢) ، بناء

(١) ويعين الحارس حتى لوطن فى تنبيه نزع الملكية بالمعارضة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٩) . ولا يجوز لكفيل المدين المتخذ ضده إجراءات نزع الملكية طلب بوضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٩) .

ولم تكن المادة ٥٤٥ مرافعات وطنى قديم تنص على الحراسة كما نصت عليها المادة ٦٢٢ مرافعات مختلط ، ولكن القضاء الوطنى كان يفرض الحراسة (استئناف مصر ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٧ ص ٧٠٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - مصر الكلية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٩ ص ٨٢٦ - بنى سويف الكلية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٠١ ص ٩٦٨ - انظر عكس ذلك وأن الحراسة لا تفرض على العقار المنزوع ملكيته : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٧ ص ٢٦٩) .

(٢) أويصدر من القاضى الأصلى للأمور المستعجلة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤) . أما قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة فإنه يمثل المحكمة الكلية التى ندبته ، ومن ثم فالحكم الصادر منه بعزل المدين عن الحراسة على العقار يكون استئنافه أمام محكمة الاستئناف . وقد قضت المحكمة النقض فى هذا المعنى بأن مفاد المادة ٦١٢ من قانون المرافعات أن اختصاص قاضى البيوع يتنوع بحسب قيمة العقارات التى يحجر بيعها ، فهو تارة يكون قاضياً جزئياً وفى تارة أخرى يمثل =

على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن آخر بيده سند تنفيذى^(١) . وإذا كان

الحكمة الابتدائية التى ندرته ويحل محلها فى إجراء البيوع الخاضعة لها ، بما فى ذلك ، مآسة الاختصاصات الأخرى المتصلة بالتنفيذ على العقار والى نص عليها القانون ، ومن ذلك ما أورده المادة ٦١٨ مرافعات من اختصاصه بالحكم بعزل المدين من الحراسة على العقارات التى يجرى بيعها أمامه أو تحديد سلطته وذلك بصفتة قاضياً للامور المستعجلة . ولم يقصد المشرع من إضفاء هذا الوصف على قاضى البيوع أن يجعل منه قاضياً للامور المستعجلة مختصاً بنظر كل المسائل المستعجلة والى يخشى عليها من فوات الوقت ، وإنما أراد تخصيصه بأن يقضى قضاء مستعجلاً فيما نصت عليه المادة ٦١٨ من قانون المرافعات يمارس اختصاصه فيه بطريق التبعية لتنفيذ على العقار وبيعه تطبيقاً لما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات . ومن ثم فإن الحكم الصادر من قاضى البيوع بالحكمة الابتدائية برفض طلب الحراسة يعتبر بمثابة حكم صادر من المحكمة الابتدائية نفسها ولا سبيل إلى استئنافه أمام نفس المحكمة التى أصدرته ، بل يرفع الاستئناف عنه لدى محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥٨ ص ٣٧٧) .

(١) وللقاضى عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه ، ليس فحسب إذا امتنع عن إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، بل أيضاً إذا أودعها ولكن ثبت للقاضى أنه سىء الإدارة لا يستغل العقار الاستغلال المألوف ، ومن باب أولى إذا ثبت أنه سىء النية ويعتمد سوء الإدارة لإضراراً بحقوق الدائنين (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٣ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ - استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٥ -) ومع ذلك انظر فى أن القاضى يتعين عليه عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه بمجرد أن يطلب منه ذلك : مصر مستعجل ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩٠٨ - وانظر فى أن تقدير القاضى للحكم بالعزل يجب ألا يتعدى تصرف المدين فى ثمار العقار ، فإذا امتنع عن إيداعه للدة الدائنين ولم يقدم ضماناً يكفل اتباعه أحكام القانون فى المستقبل وجب عزله وتعيين حارس آخر مكانه : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ ص ٣٣٨ - وانظر فى أن الحائز للعقار له أن يعارض فى وضع العقار المنزوع ملكيته تحت الحراسة إذا أثبت أنه لم يتصرف فى ريع العقار : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦٤) .

وإذا امتنع المحجوز عليه من إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، عزله القاضى كما قدمنا وعين حارساً آخر مكانه ، وذلك حتى لو ثبت أن قيمة العقار كبيرة إلى حد أنها تكفى لوفاء جميع الديون كاملة (محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ - انظر عكس ذلك وأنه لا محل لتعيين حارس جديد فى هذه الحالة : عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٢ ص ٢٠٢ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤ - استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٤ ص ١٨١ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٧١٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٧ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ : وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم بوضع عين تحت الحراسة بناء على أن طلاب الحراسة قد اتخذوا إجراءات نزع ملكية هذه العين وسجلوا ثنيه نزع الملكية مما يترتب عليه إلحاق ثمرات العين بها ، ثم رفع شخص دعوى أمام القضاء المستعجل طلب فيها رفع الحراسة بناء على

العقار داراً للسكنى ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يسكنه لأنه غير مؤجر ، فله أن يبقى ساكناً فيه دون أجره^(١) . أما إذا كان العقار أرضاً زراعية ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يقوم بزراعتها لأنها غير مؤجرة ، فله « أن يبيع ثمرات العقار وحاصلاته متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة » (م ٦١٩ مرافعات)^(٢) . كذلك يجوز « اكل دائن يده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى البيوع أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمرات وبيعها . وتباع المحصولات والثمرات بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة »^(٣) . وفى الحالة الثانية ، « إذا كان العقار مؤجراً ، فمجرد

أنه المسالك للعين وأن إجراءات نزع الملكية لم تتخذ فى واجهته مع أنه أخبر طلاب الحراسة بأنه المالك للعين بموجب عقد مسجل فهو الحائز لها قانوناً ، ومقتضى ذلك أن تكون إجراءات نزع الملكية وماترتب عليها من إلحاق ثمرات العين بها باطلة ولا تسرى فى حقه ، فقتضت محكمة المواد المستعجلة بعدم اختصاصها بالفصل فى هذا الطلب بناء على أن طلاب الحراسة لم يسلموا بأن المدعى هو الحائز للعين ، وأنه لتبين صحة هذا الادعاء يكون من اللازم تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل ، فالظن فى هذا الحكم من المدعى المذكور بأنه إذ قضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل فى طلب رفع الحراسة قد أقر الحكم السابق مع أن أثره لا يصح أن يتعدى إليه لعدم اتخاذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته لا يكون له وجه (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣) .

(١) إلا إذا عين أجنبى حارساً ورأى أن المصلحة تقضى بإخراج المدين من مسكنه حتى يتمكن من الإدارة (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٥) .

(٢) وللمحجوز عليه أن يأخذ من ثمرات الأرض ما يلزم لقوته ولقوت أهله ، قياساً على الحكم القاضى بعدم جواز الحجز على الجيوب والدقيق للآزمين لقوت المدين وأسرته (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٣ ص ٢٥٢ هامش ٢) .

(٣) وكان القضاء المختلط يجيز الحراسة على العقار حتى قبل توقيع الحجز عليه إذا كانت الظروف تقتضيها (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ - ٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤ ص ٢١٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠) ، كما كان يجيز الحراسة فى الحالات التى يكون العقار فيها مؤجراً إذا وجد مبرر للحراسة (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٨ ص ٧ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ - ٢٨ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣ - ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٧) ، كأن يثبت أن الإيجار ضرورى أو باطل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥) ، أو أن هناك ثواطواً بين المؤجر والمستأجر (استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ - ٧ نوفمبر -

التكليف من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى للمستأجر بعدم دفع ما يستحق من الأجرة بعد تسجيل التنبيه يقوم مقام الحجز تحت يده ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر » (م ٦٢٢ مرافعات) . وقد يوفى المستأجر الأجرة للمحجوز عليه قبل أن يصل إليه التكليف بعدم الدفع ، ففي هذه الحالة يصبح الوفاء ، ويكون المحجوز عليه مسئولاً عما استوفاه من الأجرة بوصفه حارساً (م ٦٢٣ مرافعات) (١) .

§ ٢ - قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه

٤١٧ - الشروط الواجب توافرها فى هذا الفرص : قدما أن قيام

الخطر العاجل هو شرط عام يجب توافره فى جميع فروض الحراسة القضائية ، وأحوالها المختلفة . فيجب إذن أن يتوافر هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصددده .

ولما كنا لم نصل بعد ، فى هذا الفرض الثانى ، إلى أعلى مراتب التعميم فإنه لا يزال مشروطاً ، إلى جانب قيام الخطر العاجل ، قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه .

سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣-٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣١-١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١-٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٤-٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٢-١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٤) أو أن هناك شبهة تواطؤ بأن نص مثلاً فى عقد الإيجار على دفع الأجرة مقدماً (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠) ، أو أن المستأجر مشير للشك ولم يقدم من الضمانات ما يكفى لحصول الدائنين على الثمرات (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤١) .

ويمكن الأخذ بهذا القضاء حتى بعد صدور تقنين المرافعات الجديد ، إذ أن نص المادة ٦١٨ من هذا التقنين يوافق نص المادة ٦٢٢ من تقنين المرافعات المختلط (محمد عبداللطيف فقرة ٢٨٦) . (١) ويخلص من ذلك أنه إذا كان العقار موجراً ، فإن وضعه تحت الحراسة وتعيين المحجوز عليه حارساً لا يكون إلا إذا قبض هذا الأخير شيئاً من الأجرة قبل تكليف المستأجر بعدم الدفع . أما إذا لم يقبض المحجوز عليه شيئاً من الأجرة ، فتكليف المستأجر بعدم الدفع يعتبر حجزاً على الأجرة تحت يده ، ولا تقوم ثمة حاجة للحراسة أو لتعيين حارس (استئناف أسيوط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٠٥ ص ٨٨٥ - استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - قارن استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٢ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٧ - مصر مستعجل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٥ رقم ٩٣٠ ص ١٧٨١) .

والنزاع الذى يقوم فى شأن المال يجب أن يكون نزاعاً جدياً^(١)، وتكفى جدية النزاع فلا يشترط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء^(٢). ويقوم النزاع فى شأن أى مال، عقاراً كان أو منقولاً أو مجموعاً من المال، كما هو صريح نص المادة ٧٢٩ مدنى التى تحيل عليها المادة ٧٣٠ مدنى، إذ تقول المادة ٧٢٩ مدنى كما رأينا: «الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت...». فقيام نزاع فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال،

(١) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٩ ص ٧٣ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٨ - وقارن استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٤ ص ١٦٥.
(٢) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٨ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ - نقض فرنسى ٢٢ يولييه سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٢٤ - بلانيول وريبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص ٤٦٢.
وقد يعترض على عدم اشتراط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء بأن هذا يمكن الخصم من انتزاع المال من يد خصمه بوضعه تحت الحراسة، ثم لا يرفع الخصم دعوى النزاع الموضوعية فيبقى المال تحت الحراسة إلى غير أجل معين. ويرد على هذا الاعتراض بأن فى وسع الخصم الآخر أن يتظلم من بقاء الحراسة (كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١ ص ٤٩)، كما يجوز أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد لرفع دعوى الموضوع وتوقيت الحراسة بهذا الميعاد. وقد قضى بأن المحكمة قد ترى وهى تقضى بالحراسة أن تعين أجلاً لرفع دعوى موضوعية للفصل فى النزاع تنتهى عنده الحراسة (مصر استئنافى ٢٠ يولييه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص ١٨). وقضى بأن طلب الحراسة لا يجاب إلا إذا كان حق طالب الحراسة على الأعيان المتنازع عليها لا يقل عن حق واضح اليد فى طبيعته وقوة ثبوته (إسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩١٨). وقضى أيضاً بأنه إذا مضى على فرض الحراسة ثمانية أشهر دون أن ترفع دعوى الموضوع، جاز الحكم برفع الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٢). انظر عكس ذلك وأنه لا يكتفى قيام النزاع بل يجب أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء: طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١)، وأن تحقيق النيابة لا يعد نزاعاً قضائياً بل إن هذا النزاع لا يكون إلا بطرح القضية أمام القضاء: السنطة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧.

كذلك لا يكتفى أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء ليكون النزاع جدياً، فقد ترفع دعوى موضوعية لخدمة دعوى الحراسة دون أن يكون هناك نزاع جدى (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٣١ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١). فيجب إذن أن تثبت جدية النزاع من وقائع دعوى الحراسة ذاتها ومن ظاهر المستندات المقدمة فيها من الخصوم (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١ - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠ - محمد على عرفة ص ٥٢٧).

وعدم اتفاق المتنازعين على الحراسة (م ٧٣٠ مدني) ، يبرر كما نرى فرض الحراسة القضائية ، وننتقل بذلك من الحراسة الاتفاقية إلى الحراسة القضائية . وليس يلزم أن يكون النزاع الذي يقوم في شأن المال منصباً على ملكيته أو على حيازته - كما تشترط المادة ١٩٦١ مدني فرنسي فيما قدمنا^(١) - بل يصح أن يكون النزاع منصباً على إدارة المال أو على استغلاله^(٢) ، وقد سبق أن بينا كيف توسع التقنين المدني القديم (م ٤٩١ / ٦٠٠) في هذا الصدد ، وزاد القضاء في التوسع^(٣) ، واقتنى أثرهما التقنين المدني الجديد (م ٧٢٩ - ٧٣٠) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان اتفاق الخصوم نادر الوقوع ، ونظراً لما للحراسة من مزية حفظ المال للذمة صاحب الحق فيه ، نصت أكثر الشرائع على جواز فرض الحراسة بحكم من القضاء ، وقد توسع القضاء المصري في ذلك . ونص المشروع على جواز الحكم بالحراسة : ١ - في كل حالة تجوز فيها الحراسة الاتفاقية طبقاً للمادة السابقة ، أى حيث يكون هناك منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، ولا يتفق الطرفان على وضعه تحت الحراسة ، فيجوز لأيهما أن يطلب الحكم بوضعه تحت الحراسة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩) - وتقول : « ولا يشترط لاعتبار الشيء متنازعا فيه قيام دعوى بشأنه ، بل إن مجرد الخلاف بين صاحبي مصلحة فيه يكفي - كالخلاف بين المالكين على الشيوع - ولو كان الخلاف في أمر فرعى ، كما إذا كان الخلاف على إدارة المال واستغلاله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧) .

(٣) فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من الضروري أن يكون النزاع منصباً على الملكية أو الحيازة ، بل تصح الحراسة إذا وجد القاضى هذا الإجراء ضرورياً للمحافظة على حقوق الخصوم (استئناف مختلط ٢٨ يوليه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) . وقضت أيضاً بأن لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بوضع جريدة سياسية تحت الحراسة وإحلال حارس محل مديرها إذا اختلف هذا في رأى مع مثل حزبه المعتمدين ، وذلك لضمان ظهور الجريدة في مواعيدها المعتادة وفقاً لمبادئ الحزب ، ولا يؤثر في ذلك كون المدير المذكور هو صاحب - الجريدة ومدير إدارتها (استئناف مختلط ٢١ يوليه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٦) .

ويكفى أن يكون النزاع محتملاً (طنطا استئنافى ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٠٠ ص ٦٥١) . وقد يتعلق النزاع بغلة العين أو بإدارتها لا بملكيتها (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٥ - جرجا ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٥ ص ٣٩٨) . ويشمل النزاع الموجب للحراسة كل نزاع متعلق بالملك أو وضع اليد وما يتبع ذلك وما يتفرع عنه أو ما كان من مقتضياته ، لأن المادة ٤٩١ مدني لا تحتم وجود نزاع معين ، بل يكفي توافر النزاع على إطلاقه ، وأمره موكل لتقدير القاضى متى ما تبين أن هناك مصالح مهددة بالخطر أو حقوقاً يتعدر تحصيلها (مصر استئنافى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٢ ص ١٦٢) .

ويترك للقضاء تقدير ما إذا كان هناك نزاع قائم ، بحيث في ذلك طبقاً لما يستخلصه من وقائع الدعوى^(١) . وتقديره لقيام النزاع وللقيمة الظاهرية لمستندات الخصوم ولقيام خطر عاجل يهدد المال أو ثمراته بالضياح أو النقص لوبقى في حيازة واضع اليد ، كل هذا فصل في مسائل موضوعية ، فلا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض^(٢) . ومن ثم يجوز للقاضي وضع المال تحت الحراسة القضائية ، إذا هو قدر أن هناك نزاعاً جدياً في الملكية أو في الحيازة أو في إدارة المال الشائع أو في أنصبة الشركاء على الشيوع أو في إدارة التركة أو في حقوق الورثة أو في إدارة الشركة أو في غير ذلك مما سنبينه تفصيلاً عند إيراد التطبيقات العملية لهذا الفرض الذي نحن بصدد ، وإذا قدر القاضي في الوقت ذاته قيام خطر عاجل يهدد مصلحة طالب الحراسة .

وقد لا يكون هناك نزاع في شأن المال ولكن يكون الحق فيه غير ثابت ، وهذا كاف لتبرير وضع الحراسة القضائية على المال ، مادام قد ثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحة طالب الحراسة . « ومثل الحق غير الثابت - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) - أن يكون الحق مقترناً بشرط موقف أو فاسخ » . فإذا اشترى شخص داراً في بلد لا يسكنها ، وعلق بالشراء على شرط واقف هو أن يسكن البلد الذي فيه الدار ، فالمشترى له حق ملكية في الدار معلق على شرط واقف ، والبائع له حق ملكية في نفس الدار معلق على شرط فاسخ . فإذا كانت الدار في يد البائع ، ولتوقعه أن الشرط الواقف سيتحقق أخذ يسيء استعمال الدار ويخربها ، فيهدد بذلك حق المشتري المعلق على شرط واقف ، جاز للمشتري أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتحقيق الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط واقف . ولو فرض العكس وكانت الدار في يد المشتري استأجرها مثلاً قبل أن ينتقل إلى البلد نهائياً ، وتوقعاً منه

(١) الألبكية ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٠ ص ٧٨١ - مصر مستعجل

٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٣٣ ص ٧٣ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠

بجازيت ٢١ رقم ٤٢٨ ص ٣٣٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٠ - ٢١ نوفمبر

سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠ - محمد علي عرفة ص ٥٢٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧ .

أن هذا الانتقال النهائي لن يتم فيتخلف الشرط أخذ يسيء استعمال الدار ، فإنه يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتخلف الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط فاسخ . والحق يكون غير ثابت أيضاً إذا رسا مزاد العقار المزروع ملكيته على شخص وضع يده عليه ، ثم قرر شخص آخر زيادة العشر.. فهنا يكون حق الراسي عليه المزاد غير ثابت ، إذ لا تعرف نتيجة التقرير زيادة العشر وما يترتب عليه من إعادة البيع بالمزاد ، فقديرسو المزاد مرة ثانية على من رسا عليه أول مرة وقد لا يرسر ، فإذا خيف على العقار وهو في يد الراسي عليه المزاد ، وحقه غير ثابت كما رأينا ، جاز للدائنين وللمدين أن يطلبوا وضع العقار تحت الحراسة حتى يفصل في موضوع المزاد الثاني .. وسواء اعتبر الشرط الفاسخ الذي تعلق عليه ملكية الراسي عليه المزاد الأول هو مجرد التقرير بزيادة العشر أو رسو المزاد الثاني ، ففي الحالتين يعتبر حق الراسي عليه المزاد الأول غير ثابت ، وهذا وحده يكفي - ولو لم يكن هناك نزاع - لتبرير فرض الحراسة القضائية إذا ثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحة الدائنين أو مصلحة المدين^(١) . ويجوز أيضاً وضع العين التي بيعت بالمزاد سداداً للمدين تحت الحراسة القضائية ، إذا تخلف الراسي عليه المزاد عن دفع الثمن واتخذت الإجراءات لبيعها على ذمته ، وخشى من بقاء العين تحت يده لإهماله في إدارتها أو لإحداثه تخريبات فيها ، وبخاصة إذا كان معسراً يتعذر الرجوع عليه بالتعويض^(٢) . وحق الراسي عليه المزاد هنا حق قد فسخ بتخلفه عن دفع الثمن ، فهو ليس بحق غير ثابت ، بل هو حق قد زال . وبعد أن استعرضنا تطبيقات عملية للحق غير الثابت ، ننتقل الآن إلى تطبيقات عملية أخرى للنزاع الذي يقوم في شأن المال .. فنستعرض حالات.

(١) انظر في الخلاف القائم في هذه المسألة محمد علي راتب فقرة ٣٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٧ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩٨ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٧ - أو إذا كان الراسي عليه المزاد قد تأخر في دفع ثمن الأرض واستمر حائزاً لها يقبض جميع ريعها ، تاركاً فوائد الثمن تراكم وتزيد في أعباء الأرض المزروع ملكيها (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩ - عبد الحكيم قراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٦٦ ص ١٠٤)

يكون النزاع فيها متعلقاً بالملكية أو بالحيازة ، وحالات يكون النزاع فيها متصلاً بعقد البيع أو بعقد الإيجار ، وحالات يتصل النزاع فيها بالمال الشائع أو بالتركات أو بالشركات والهيئات المعنوية الأخرى .

١٨٤ — النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة : إذا وقع نزاع في ملكية العقار وكان العقار في يد الحائز وقد استوفى الشروط اللازمة لحماية حيازته. بدعوى منع التعرض وبدعوى استرداد الحيازة ، لم يجوز في الأصل أن يؤخذ العقار منه عن طريق وضعه تحت الحراسة . بل يبقى العقار في يده ، وعلى الخصم الآخر أن يرفع دعوى الملكية^(١) . ولكن مع ذلك إذا أثبت الخصم الآخر أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء العقار تحت يد الحائز ، كما إذا أهمل الحائز في المحافظة على العقار وأخذ يبدد غلته توقعاً لأن يحكم لخصمه بالملكية ، جاز للخصم أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية أمام القضاء المستعجل أو أمام محكمة الموضوع المرفوع إليها دعوى الملكية بدعوى تبعية مستعجلة ، وذلك إلى أن يفصل في دعوى الملكية^(٢) .

وقد ينصب النزاع لا على الملكية ، بل على الحيازة . فإذا رهن شخص عيناً رهن حيازة وامتنع عن تسليمها للدائن المرتهن ، فرفع هذا دعوى يطالب بالتسليم ، وخشى في أثناء نظر الدعوى من أن يخرب الراهن العين توفعاً للحكم عليه ، وأثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحته على هذا النحو ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل في الدعوى الموضوعية^(٣) . وكذلك يجوز للراهن عليه المزاو أن يطلب نزع الأرض من المدين المزروع ملكيته ووضعها تحت الحراسة ، حتى يفصل قاضي الموضوع في دعوى التسليم التي رفعها الراهن.

(١) وقد قضى بأنه إذا كان من وضع يده على العقار سنة يستطيع الانتفاع بدعوى وضع اليد ولا تنزع العين منه ، فما ينقض ذلك أن يؤذن بأخذ العين منه عن طريق الحراسة (مصر - مستعجل أول يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٣ ص ١٣٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٥ - بني سويف استئناف ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٣٨٠ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٧ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا وقع نزاع في جدية الرهن الحيازي ، جاز وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٠٨) وقضى بأنه يجوز تعيين حارس قضائي في دعوى وضع اليد ، ويجوز تعيين واضع اليد حارساً قضائياً إذا كان كافئاً لذلك (مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ٢٧ - استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٩) .

عليه المزارع على المدين ، وذلك إذا أثبت الراسى عليه المزارع أن فى بقاء الأرض تحت يد المدين خطراً عاجلاً يهدد مصلحته (١) .

٤١٩ - النزاع متصل بعقد البيع : ويرتبط بالنزاع على الملكية أو على الحيازة نزاع يتصل بعقد البيع ، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الملكية أو الحيازة عن طريق النزاع فى عقد البيع . وفى هذه الحالة يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة إذا تحقق قيام الخطر العاجل .

فإذا رفع البائع دعوى على المشتري ببطالان البيع لحلل فى أحد أركانه ، أو بإبطاله لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو بفسخه لتخلف المشتري عن دفع الثمن (٢) أو لإخلاله بشروط البيع ، فإن النزاع هنا ينصب مباشرة على

(١) فقد لا يتمكن الراسى عليه المزارع من تسلم الأرض بسبب منازعات قضائية أثارها المدين المزارع ملكيته ، وهذا الأخير مستمر فى وضع اليد واستغلال الأرض لمصلحته استغلالاً يضر بها وبمصلحة الراسى عليه المزارع والدائنين (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٤ - ولكن البائع الذى لم يستوف الثمن لا يصح أن يلجأ إلى دعوى الحراسة إذا أمكنه أن يصل إلى حقه بالطرق العادية ، كأن يستوفى مثلاً الأجرة من مستأجر العقار بالطرق القانونية (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣١٣ ص ٦٢٢) . بل إنه قد قضى فى عهد التقنين المدنى القديم ببيان البائع ، إذا انتقلت الملكية منه إلى المشتري ، يصبح غير ذى صفة فى رفع دعوى الحراسة ، لأن هذه الدعوى فرع تابع للملكية ، فالبايع الذى لا يملك رفع دعوى استحقاق الماكية لا يملك رفع دعوى الحراسة (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢٠٦ - وانظر فى انتقاد هذا الحكم عبد الحكيم فراج فقرة ١١٤) . قضى من جهة أخرى بوجوب تسجيل عقد البيع حتى يصح للبائع أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة لتخلف المشتري عن دفع الثمن (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ : والحكم منتقد إذ البيع غير المسجل كالبيع المسجل ينشئ للبائع حقاً فى المطالبة بالثمن - انظر محمد على راتب فقرة ٣٧٦) . ولكن لا يجوز على كل حال للبائع الذى لم يستوف الثمن ، إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد حقوقه ، أن يطلب تعيين حارس على العين المبيعة ، بدعوى أن إجراءات نزع الملكية لإجراءات طويلة وأن الحراسة طريق للوصول إلى حقه فى وقت قريب ، ذلك لأن نزع الملكية هو الطريق الوحيد الذى رسمه القانون لتنفيذ الدائن بحقه (مصر مستعجل ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨) ، ولم تشرع الحراسة كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته (محمد عبد-اللطيف فقرة ٢٦٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز أن يشترط البائع وضع العقار المبيع تحت الحراسة إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن ، وينفذ الشرط بصرف النظر عن قيام خطر عاجل (استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١) . ولكن يلاحظ أن الحراسة هنا حراسة اتفاقية لا حراسة =

عقد البيع ، ولكنه يتصل بطريق غير مباشر بملكية العين المبيعة ، إذ لو بطل البيع أو أبطل أو فسخ لعادت ملكية المبيع إلى البائع . فإذا ادعى البائع أنه يخشى من بقاء العين تحت يد المشتري في أثناء نظر الدعوى الموضوعية ، وأثبت أن بقاءها تحت يد المشتري يهدد مصلحته بخاطر عاجل ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية . وكذلك إذا أثبت البائع الذي لم يستوف الثمن أن المشتري يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازها^(١) ، أو أثبت أن المشتري لم يقيم بسداد الديون التي تضمنها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع أو لم يقيم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يقوم الحارس بالمحافظة عليها أو بسداد ديونها أو بسداد المستحق من الضرائب ، وذلك إلى أن يستوفي البائع الثمن من المشتري^(٢) . ويجوز للبائع طلب وضع العين

= قضائية ، وأن اتفاق الخصوم ينفي في الحراسة الاتفاقية عن تحرى قيام الخطر العاجل » انظر آتفاً فقرة (٤٠١) .

(١) فقد تكون العين المبيعة أرضاً زراعية ويتركها المشتري بوراً أو يزرعها زراعات متوالية دون تسميد فيستنزف قوتها ، مما يؤثر في ضمان البائع (استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨) . ومع ذلك فقد قضى بأن البائع ، الذي يدعى وجود خطر على حقوقه من إهمال المشتري زراعة الأرض المبيعة أو عدم العناية بها ، أمامه طريق غير الحراسة ، وهو أن يطلب فسخ البيع (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ وهو الحكم السابق الإشارة إليه : ويؤخذ على هذا الحكم أيضاً أن دعوى الفسخ قد تطول وتعرض حقوق البائع في أثناء هذه المدة الطويلة للخطر ، فلا يستطيع اتقاء ذلك إلا بالحراسة - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٦ ص ١٠١ - وقارن أيضاً استئناف ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢١٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

ولا محل للحراسة إذا صدر حكم ابتدائي برفض دعوى الفسخ لعدم ثبوت تقصير في جانب المشتري ، ولو كان هذا الحكم الابتدائي قد طعن فيه بالاستئناف (محمد علي راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ - ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٩ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - ولكن لا محل للحراسة إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد مصالح البائع ، فإذا كانت الأرض المبيعة مزروعة بالطريقة المألوفة أو مزججة ، وتدار إدارة حسنة ، ويقوم المشتري بالتزاماته من سداد الديون في مواعيدها وسداد الضرائب ، وجب رفض دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٣) .

تحت الحراسة إذا حكم للشفيع بالشفعة ، وكان هناك خلاف بينه وبين البائع على مقدار الثمن والمصروفات^(١) . كما يجوز للبائع ، الذي اشترط استيفاء الثمن عقب التسليم وتهرب المشتري من التسلم ، أن يطلب تعيين حارس لتسليمه العين حتى يتمكن من استيفاء الثمن^(٢) .

وإذا رفع المشتري على البائع ، دعوى بصحة التعاقد وتسليم العين ، وخشى في أثناء نظر الدعوى أن يخرب البائع العين توقعاً لأن يخسر الدعوى ، جاز للمشتري أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل في الدعوى الموضوعية^(٣) . وهنا يمكن القول بأن النزاع ينصب مباشرة على عقد البيع ، ويتصل بطريق غير مباشر بحيازة العين المبيعة . ولكن إذا كان البائع قد تصرف في العين لمشتري آخر قبل أن يسجل المشتري الأول دعوى صحة التعاقد والتسليم ، لم يجز الحكم بوضع العين تحت الحراسة لأن الدعوى الموضوعية غير منتجة في تسليم العين إلى المشتري الأول^(٤) .

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٢ - قد قضى بأنه إذا كان الشيء المبيع أثمار حديقة وتأخر المشتري في دفع باقي الثمن بحجة عدم تسلمه أو بحجة عدم جنى شيء من الثمار لحصول عجز في مساحة الحديقة عما هو وارد في عقد البيع ، جاز وضع الثمار تحت الحراسة إذا كان عدم التسليم أو عدم جنى الثمار متنازعاً عليه من الطرفين ، وكان في استمرار الأثمار الناضجة على الشجر دون جنى لإضرار بحق كل من البائع والمشتري (مصر مستعجل ١٩ يناير سنة ١٩٣٥ قضية رقم ٣٢٣ سنة ١٩٣٥ وأشير إلى الحكم في محمد علي راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤ هامش ٤) . وإذا باع شخص ما كينة لعدة شركاء ولم يدفعوا له الثمن كله ، ثم اختلف هؤلاء الشركاء حول إدارة المصنع الموجود به الماكينة ، فإن هذا يكفي لتوافر الخطر المبرر لفرض الحراسة على الشيء المبيع (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٣ ص ٢٣٨ هامش ٢) .

(٣) محمد علي راتب فقرة ٣٧٦ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن البيع ينعقد صحيحاً بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل ، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية في العقد غير المسجل يترأخى إلى الوقت الذي يتم فيه التسجيل فعلاً ، ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه حصول التسجيل ، ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشتري إذا ما خشى على بقاء العين تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، عملاً بنص المادة ٤٩١ المذكورة (مدني قديم) إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٤) ولكن إذا نازع المشتري في صحة العقد المسجل بأن ادعى التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني لإضراراً بحقوقه ، وثبتت جدية النزاع ، جاز وضع العقار المبيع تحت الحراسة (مصر مستعجل ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٢٢ ص ٦٧٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٥) .

٤٢٠ - النزاع متصل بعقد الإيجار : ويتصل بالنزاع على الحيابة
نزاع يتصل بعقد الإيجار ، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الحيابة
عن طريق النزاع المباشر على عقد الإيجار ، فإذا طعن المؤجر في عقد الإيجار
بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ ، وخشى من بقاء العين المؤجرة تحت يد
المستأجر لخطر عاجل يهدد مصالحه ، جاز وضع العين تحت الحراسة إلى أن
يفصل في دعوى الموضوع .

ويجوز أيضاً للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة ،
إذا أهمل المستأجر زراعتها أو تركها بوراً أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها
للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك^(١) . ويجوز للمؤجر أيضاً أن يطلب
تعيين حارس على العين ، إذا قام نزاع بينه وبين المستأجر في شأن تجديد
عقد الإيجار تجديداً ضمناً ، ليقوم الحارس بإيداع غلة العين خزانة المحكمة
إلى أن يفصل في هذا النزاع^(٢) . وإذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر حول
صحة التنازل عن الإيجار ، أو حول تفسير شروط الإيجار ومدى أحقية المؤجر
لجزء من المحصولات إلى جانب الأجرة ، جاز أن يطلب المؤجر وضع حارس
على العين المؤجرة لتحصيل الأجرة إذا امتنع المستأجر عن سدادها

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٣ - إسكندرية مستعجل ٢٥
أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٦٧ ص ٧٣١ - وقد قضى بأن إهمال المستأجر زراعة الأرض
المؤجرة يدعو إلى رفع يده عنها ، منعاً لما عساه أن ينشأ من استمرار وضع يده على العين من خطر
عليها بإتلافها واستهداف حقوق المؤجر للضياع لتراكم الإيجار (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١
المحاماة ٣١ ص ١٥٧٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٣ - محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧
هامش ١ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ ص ٢٤٠
هامش ٣ - وقارن استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) .
ويجوز لأحد المستأجرين الشريك في الزراعة مع المستأجرين الآخرين أن يطلب وضع الأرض
تحت الحراسة حتى لو لم يكن فيها زرع ، لما تحتاجه الزراعة في المستقبل من عناية لا يتسع لها
الخلاف الواقع بين الشركاء (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩
ص ٩٤٨ - أو يقوم نزاع في شأن صحة التنازل عن الأجرة يمتنع على أثره المستأجر من الدفع
(استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٣٠ ص ٥٧) .

انتظاراً للفصل في النزاع الخاص بصحة التنازل عن الإيجار^(١) ، أو وضع حارس على المحصولات لجمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع الخاص بأحقية المؤجر لجزء من المحصولات^(٢) . ويجوز أخيراً للمؤجر أن يطلب تعيين حارس قضائي على المحصولات الزراعية التي وقع عليها الحجز التحفظي من أجل الأجرة المتأخرة ، ليتولى الحارس جمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في دعوى الأجرة ، وذلك توكيلاً لتلف المحصولات أو انخفاض أسعارها إذا تركت دون جمع وبيع^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٣١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ - وقد قضى أيضاً بأنه إذا وقع دائن المؤجر حجزاً على الإيجارات المستحقة لمدينه قبل المستأجرين ، جاز لقاضي الأمور المستجلة أن يعين حارساً قضائياً ليتولى قبض الإيجارات الحالية والمستقبلية ، ولو كان طلب تثبيت هذا الحجز قد تقدم بالفعل لمحكمة الموضوع (باريس ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٥٣٩ ص ٦٥٢ - وانظر استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٢ : النزاع على من يستحق الأجرة هل هو المؤجر أو دائنه الحاجز تحت يد المستأجر ويدعى المؤجر أن الحجز باطل) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٠ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ - ولكن لا يجوز فرض الحراسة على المحصولات إذا تمسك المستأجر بأنه دفع الأجرة كاملة ولم يكن هناك خطر من تلف المحصول (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٣) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ - وقضى كذلك بوضع أطيان زراعية تحت الحراسة كطلب المؤجر لعدم قيام المستأجرين بدفع الإيجار وتبديد بعض المحصولات المحجوز عليها (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ قضية رقم ٥٥٦ سنة ١٩٥١ مشار إليه في محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ هامش ١) . ويجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة ، إذا عمد المستأجر إلى تسخير دائنين لتوقيع الحجز تحت يده بديون وهمية ، فيقوم الحارس بتحصيل الأجرة في مواعيدها حتى يفصل في صحة الحجز (عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ و هامش ١ - محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٨ هامش ١) . ومع هذا فقد قضى بأنه ليس للمؤجر في حالة تأخر المستأجر في سداد الأجرة أوفى حالة تركه العين المؤجرة بلا زراعة ، تعيين حارس قضائي ، لأن الحراسة لم تشرع كطريق لتنفيذ الأحكام والمقود (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وقضى أيضاً برفض تعيين حارس لتحصيل الإيجار والقيام بإصلاح أرضية السطح لمنع تساقط المياه ، بحجة أن الحراسة ليست من وسائل التنفيذ (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٣٧٧ سنة ١٩٥٠ مشار إليه في عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ و هامش ٤) . ولكن يجوز

وكما يجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة ، كذلك يجوز للمستأجر أن يتقدم بهذا الطلب لوضع العين المؤجرة تحت الحراسة وتعيين حارس تكون مهمته تحصيل الأجرة وإدارة العقار المؤجر ودفع أجرة البواب واشتراك المياه والنور والتدفئة ، إذا ثبت أن المالك لا يقوم بذلك على الوجه الواجب لتمكين المستأجرين من الانتفاع بالعين الانتفاع المشروط في عقد الإيجار^(١) . وقد قضى ترتيباً على ذلك . بجواز تعيين حارس لقبض الأجرة وتخصيص جزء منها للقيام بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة . مما يلتزم به المؤجر ويمتنع عن القيام به^(٢) . وقضى كذلك بتعيين حارس على جهاز تسخين لإدارته وتحقيق انتفاع المستأجرين بالمياه الساخنة^(٣) ، وبتعيين حارس لإعادة المياه إلى العين المؤجرة^(٤) ، أو لإعادة عداد إنارة

= تعيين حارس على المحصول المتخذ فيه إجراءات الحجز (استئناف مختلط ٢٠ يوفيه ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٦) ، ويجوز تعيين حارس على المحصول بناء على طلب المتنازل له عن الإيجار (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣) .

أما إذا لم يوجد خطر على حقوق المؤجر ، فلا محل للحراسة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٣) . وقد قضى بأنه لا محل للحراسة إذا بني الطلب على صورية عقد الإيجار وكان المستأجر من اليسر بحالة لا يخشى معها على حقوق المؤجر (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧) ، أو على مجرد تأخر المستأجر في سداد الأجرة إذا لم يكن هناك خطر على حقوق المؤجر (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٤٨ ص ١٠٠ - المنصورة الجزئية ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ١١٥ ص ٣٦٩) .

(١) نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٤ - ١ - ٢٣ - أول يوفيه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٣٧٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٨ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٧٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٨ - وقد قضى بتعيين حارس قضائي ، إذا امتنع المؤجر عن كسح الخزانات الخاصة بملحقات المياه أو قطع المياه (مصر مستعجل ٢١ مارس سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٩٠٧ سنة ١٩٥١ مشار إليه في محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١) .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ - مصر مستعجل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٣٨٣ ص ٧٩٦ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ - محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ - محمد علي راتب فقرة ٣٨٠ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ .

(٤) محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ . ويشيران إلى مصر مستعجل ٨ أبريل سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٠٥٥ سنة ١٩٥١ .

تفعله المؤجر بغير إرادة المستأجر من مكان إلى مكان آخر ليحرم المستأجر الانتفاع به (١) ، وبتعيين حارس على مصعد لإدارته والإشراف على تسييره في الصعود والنزول وتمكين المستأجرين من الانتفاع به (٢) .

٤٢١ — النزاع متعلق بالمال الشائع : أكثر ما يقع النزاع في شأن المال الشائع يكون في إدارته ، ولذلك عني التقنين المدني عناية خاصة بتنظيم هذه الإدارة . فنصت المادة ٨٢٧ مدني على أن « تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » . ثم نصت المادة ٨٢٨ مدني على أن « ١ — ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ — وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الحلف عاماً أم كان خاصاً . ٣ — وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم » .

(١) محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ مش ١ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ : ويشيران إلى مصر مستعجل ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٨ قضية رقم ٢١٩٤ سنة ١٩٤٨ .
(٢) مصر مستعجل ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ — إسكندرية مستعجل ٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٩٥٢ سنة ١٩٥٠ — عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ (وقد أشار إلى مصر مستعجل ١٦ أبريل سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١١٠١ سنة ١٩٥٠) .
محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ — وانظر في فرنسا جواز إقامة حارس على العين المؤجرة لإجراء الترميمات الضرورية أو على جهاز التدفئة لإدارته لمصلحة المستأجرين : نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دي پاليه ١٩٢٤ — ١ — ٣٢ — باريس ١٦ و ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٦ — أوبري ورووسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ .
وقد قضى بإقامة الرامى عليه المزداد إذا كان مليئاً حارساً على العين بناء على طلب مستأجر هذه العين لإجارته لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، وقد طعن فيها بالصورية (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ . وإذا صدر إيجار من حارس حكم بطلان تعيينه فكان الإيجار باطلاً تبعاً لذلك ، لم يجز للمستأجر أن يطلب الحراسة من جديد بسبب النزاع في هذا الإيجار (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٨) .

ويبين من هذه النصوص أن الأصل في الإدارة أن تكون للشركاء مجتمعين إذا أمكن الاجتماع ، فإن لم يمكن فلاغلبية على أساس قيمة الأنصبة . وهذه الأغلبية إما أن تتولى الإدارة مباشرة ، وإما أن تختار مديراً أو أكثر من بينها أو من أجنب عنها ، ولها أن تضع للمدير نظاماً يلتزم به في إدارته للمال الشائع . فإذا لم تتوافر الأغلبية للإدارة المباشرة أو لتعيين مدير ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً في الإدارة ، ويبقى وكيلاً ما لم يعترض عليه أحد الشركاء . فإذا لم تتوافر الأغلبية ، ولم يتول الإدارة أحد الشركاء أو تولاها واعترض عليه أحد منهم ، قامت الحاجة إلى تعيين مدير للمال الشائع ، ويجوز في هذه الحالة بناء على طلب أحد الشركاء أن يعين القاضي هذا المدير من بين الشركاء أو من غيرهم . وليست هذه هي الحراسة القضائية^(١) ، بل إن المدير يكون في هذه الحالة مديراً دائماً وليس مديراً مؤقتاً كالحارس ، ويكون تعيينه بدعوى عادية أمام محكمة الموضوع طبقاً لإجراءات الدعوى المعتادة^(٢) . وإنما تقوم الحاجة للحراسة القضائية ، كإجراء مؤقت مستعجل لايمس الموضوع ، إذا قام نزاع بين

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٥ - وقد قضى بأنه إذا لم يتفق الشركاء على الشيوع على إدارة الأعيان المشتركة ولم ينبوا عنهم واحداً لإدارتها نيابة اختيارية ، جاز للمحكمة أن تنيب عنهم من يقوم بإدارتها نيابة جبرية ، وليست الدعوى التي ترفع في هذه الحالة دعوى حراسة على عين متنازع عليها ، فليس من الضروري توافر أركان دعوى الحراسة فيها . (مصر استئناف ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٥٨ ص ٢١٣ : وقد استبق هذا الحكم في عهد التقنين المدني القديم ما قضت به المادة ٨٢٨/١ مدني جديد من أن للمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع) .

(٢) فلا يجوز إذن فرض الحراسة على المال الشائع لمجرد عدم اتفاق أحد الشركاء مع المدير على طريقة الإدارة أو الاستغلال مادام أنه ليست هناك مطاعن جدية في تصرفات المدير ، وسبيل الشريك في هذه الحالة أن يسعى إلى جلب الأغلبية في صفه . وقد قضى بأن الحراسة على المال الشائع تخضع لما تخضع له دعاوى الحراسة عموماً من شروط ، ومن بينها شرط النزاع وشرط الخطر ، فإذا لم يكن هناك مطعن جدى على الإدارة الحالية للمال الشائع ، فلا يجوز فرض الحراسة عليه . تجرد أن أحد الشركاء يرغب في ذلك ولا يريد المدير الحالي (إسكندرية مستعجل ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نقضية رقم ٣١٠٤ سنة ١٩٥٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٤ - ص ١٦٥ - محمد علي مرشدي فقرة ٢٢٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٤ (ولكن انظر الطبعة الثالثة فقرة ٧٦١) - وانظر استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ - الدلتا ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .

الشركاء على الإدارة^(١) ولم يتفقوا على تعيين مدير على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، وكان نخشى على المال الشائع من خطر عاجل إذا ترك دون مدير ريثما يتمكن أحد الشركاء من استصدار حكم موضوعى بتعيين مدير على الوجه الذى تقدم ذكره . ففى أثناء نظر الدعوى الموضوعية بتعيين مدير دائم ، أو قبل رفعها ، يجوز لأى من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء المستعجل ، أو إلى محكمة الموضوع المنظور أمامها دعوى تعيين المدير الدائم بدعوى تبعية مستعجلة ، ويطلب تعيين حارس قضائى لمدير المال الشائع مؤقتاً^(٢) ، وذلك إلى أن يتم تعيين المدير الدائم من بين الشركاء أو من غيرهم . وقد يكون الحارس القضائى هو نفسه الذى يعين مديراً دائماً ، إلى أن ينتهى الشيوخ بقسمة المال الشائع إن كان هناك مشروع قسمة اتفاقية أو قضائية اعترم الشركاء إجراءاتها^(٣) . وقد تقوم الحاجة للحراسة القضائية حتى لو كان للمال الشائع مدير دائم عينته الأغلبية ، وأساء الإدارة فرأت الأغلبية عزله ولم تتفق على مدير آخر محل محله ، أو لم تتفق الأغلبية على عزله وأقام أحد الشركاء الدعوى بعزله أمام القضاء لسوء إدارته أو لحيائته أو لإجحافه بحقوق الأقلية أو لأى أمر آخر يستوجب عزله . ففى هذه الحالة قد يكون هناك خطر عاجل من ترك المال الشائع دون مدير حتى يعين من محل محل المدير المعزول ،

(١) كما لو انتهى عقد إيجار المال الشائع ولم يتفق الشركاء بعد ذلك على طريقة استغلال هذا المال ، فإنه يجوز فى هذه الحالة تعيين حارس قضائى (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨) ، أو كان هناك مصنع يملكه شركاء فى الشيوخ واختلفوا على إدارته (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤) ، أو كان هناك مال شائع متنازع فى ملكيته وكان حسن إدارته يقتضى أن تكون الإدارة فى يد واحدة (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٧) .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ .

(٣) ويجوز كذلك تعيين كل شريك حارساً على حصته إذا أمكن تقسيم المال الشائع قسمة مهايأة (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤ - ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩٢٠ - ص ٩٢١) . ولكن لا يجوز تعيين كل شريك حارساً على حصة شائعة ، لأن النزاع يبقى قائماً بقيام الشيوخ (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩٢٠) . وقد قضى بأن الحكمة من الحراسة تسقط إذا تراضى المالكان على قسمة منفعة العقار فيما بينهما قسمة مهايأة (طنطا استئناف ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ - المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

أو من ترك المال الشائع يديره مدير رفعت الدعوى بعزله لسبب يستوجب ذلك . ومن ثم يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء المستعجل ، أو من محكمة الموضوع المرفوع أمامها دعوى عزل المدير ، تعيين حارس قضائى لإدارة المال الشائع إلى أن يبت فى أمر عزل المدير وتعيين من يحل محله^(١) .

وقد يقع النزاع فى شأن المال الشائع ، لا على إدارته^(٢) ، بل على أنصبه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى ، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه . فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس - سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية - باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع وطبقت المحكمة أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع ، فإن النص على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) . وانظر استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤١٩ ص ٣٧٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٧ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ - بنى سويف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٦ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ .

وانظر فى الحراسة للنزاع على إدارة المال الشائع : محمد على رشدى فقرة ٢٢٦ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٤٣ - ٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٤ - طنطا الجزئية ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٨ رقم ١٦ ص ٨٩ - مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٦ - الدلتا ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ .

(٢) والمقصود هنا الإدارة العادية . وهناك إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة نصت عليها المادة ٨٢٩ مدنى بما يأتى : « ١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الارتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٢ - والمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . »

الشركاء فيه . فينازع أحد الشركاء مثلاً شركاءه ويدعى أن المال الشائع ملكه وحده ، أو ينازع الشركاء واحداً منهم ويدعون أنه ليس له نصيب في المال الشائع ، أو يدعى أحد الشركاء أن له نصيباً أكبر ، أو يدعى الشركاء أن واحداً منهم له نصيب أصغر . ففي هذه الأحوال وأمثالها إذا استحكم الخلاف بين الشركاء على أنصبتهم في المال الشائع ، قد يقوم خطر عاجل إذ يتعذر توزيع الربح بينهم طبقاً لأنصبة ثابتة . فيجوز لكل ذي مصلحة ، وبخاصة الشريك الذي يقع النزاع في مقدار نصيبه ، أن يطلب تعيين حارس قضائي على المال الشائع يتولى قبض الربح ، وصرف الأنصبة التي لا نزاع فيها بين الشركاء ، وإيداع الأنصبة المتنازع فيها خزانة المحكمة إلى أن يبت في النزاع القائم في شأن الأنصبة ويصدر حكم نهائي في مقدار نصيب كل شريك^(١) .

وقد يقع النزاع ، لا في إدارة المال الشائع ولا في أنصبة الشركاء ، بل في ديون يكون المال الشائع مثقلاً بها ، كأن يكون مرهوناً في دين أو مرتباً عليه حق اختصاص أو حق امتياز . فإذا تأخر بعض الشركاء في الوفاء بحصصهم في هذه الديون ونازعوا فيها ، وخشى البعض الآخر من جراء هذه المنازعة أن تنزع ملكية المال الشائع ، جاز لأي منهم طلب وضع المال تحت الحراسة ، فيقبض الحارس ريع المال ويسدد منه الديون غير المتنازع فيها ، ويودع خزانة المحكمة قيمة الديون المتنازع فيها حتى يفصل في النزاع^(٢) . ويجوز

ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات . وهذه الأحكام قد تفتح الباب للحراسة القضائية ، كأن يطلب أحد الشركاء وضع المال الشائع تحت الحراسة لأن قراراً يخرج عن حدود الإدارة المعتادة يوشك أن ينفذ مع أنه قد اتخذ بأغلبية أقل مما يوجبه القانون ، أو اتخذ بهذه الأغلبية ولكن قام اعتراض عليه .

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٥ - ص ٩١٦ - استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ١٢ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٩ - أول مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٠ - ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٨٨ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩ - مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ١٠١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٠ .

وتوضع الحراسة على المال الشائع حتى لو دفع بعض الشركاء حصصهم في الدين ، فإن الباقي الذي لم يدفع لا يزال سبباً في تهديد العقار كله بنزع الملكية إذ الرهن لا يتجزأ . ولكن إذا وفي بعض الشركاء كل الدين ، فقد زال الخطر من نزع الملكية ، ولا محل إذن لطلب الحراسة (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ١٠١ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٨) .

أيضاً للدائنين أنفسهم أن يطلبوا وضع المال الشائع تحت الحراسة لإيداع ريعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع ، إذا كانت هناك أسباب جدية تدعو للخشية من تبديد الربح إذا لم يوضع المال تحت الحراسة^(١) .

وإذا كان أحد الشركاء مديناً وأراد دائه أن يستوفي حقه من حصة المدين في ريع المال الشائع ؛ دون أن يكون هذا المال مثقلاً بالدين كما في الفرض السابق ، جاز للدائن وضع حصة المدين في المال الشائع تحت الحراسة إذا وجدت أسباب جدية تدعوه للخشية من تبديد ريع هذه الحصة . فإذا كان المال الشائع مقسوماً قسمة مهايأة وضعت حصة المدين المفروزة تحت الحراسة^(٢) ، أما إذا لم يكن مقسوماً فإن حصته الشائعة هي التي توضع تحت الحراسة^(٣) ويحل الحارس في هذه الحالة محل الشريك المدين في إدارة المال الشائع وفي قبض ريع حصته ليسدد منها الدين^(٤) .

وإذا طاب أحد الشركاء قسمة المال الشائع ، وطالت إجراءات القسمة وتنازع الشركاء في إدارة المال طوال المدة التي تدوم فيها هذه الإجراءات ، وكانت هناك أسباب جدية للخشية من ضياع الربح في هذه المدة أو من نقصه لسوء الإدارة ، جاز لأي شريك أن يطلب وضع المال تحت الحراسة : فيدير الحارس المال الشائع ويقبض ريعه ويوزعه على الشركاء إذا لم تكن أنصبتهم متنازعة فيها^(٥) ، أو يودعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع^(٦) .

(١) وسرى أن القضاء يجيز بوجه عام فرض الحراسة استيفاء للدين إذا تحقق شرط الخطر الماثل (محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٨) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٨١ ص ١٦٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٩ - استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣ .

(٣) ولا يلزم إدخال بقية الشركاء في دعوى الحراسة ، بل يكفي اختصاص الشريك المدين (محمد علي راتب فقرة ٣٦٥ ص ٩٢٤ هامش ٤) .

(٤) قارن استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٥ - فإذا تعذر الاتفاق بين الحارس والشركاء على الإدارة ، جاز فرض الحراسة على المال الشائع كله (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٤١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٢ ص ١٦٨ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٨ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ وفقرة ٣٦٥) .

(٥) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٥ .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ =

وإذا تقرر وضع المال الشائع تحت الحراسة ، واختارت الأغلبية حارساً لم ترض عنه الأقلية ، فإنه لا يحتج بحكم المادة ٨٢٨ مدني لإلزام القاضى بتعيين هذا الحارس ، فإن هذه المادة لا محل لتطبيقها فى دعوى الحراسة كما سبق القول ، بل يجوز للقاضى أن يختار حارساً آخر إذا استبان جدية المطاعن الموجهة إلى الحارس الذى اختارته الأغلبية^(١) . كذلك إذا عين القاضى حارساً ، لم يجز عزله إلا للأسباب التى يعزل الحارس من أجلها ، فإذا لم يتوافر سبب للعزل لم يعزل ولو اتفقت أغلبية الشركاء على عزله .

ص ١٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٨٧ - ٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٢٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ . ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ - أسبوط استثنائي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ - طنطا استثنائي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ - ص ٩٢٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٧ ص ٤٦٩ - ولا محل للحراسة إذا كان كل من الشركاء ، فى أثناء إجراءات القسمة ، واضحاً يده على نصيبه بطريق المهايأة ، أو كان هناك اتفاق على إدارة المال الشائع ، فالقسمة فى ذاتها ليست سبباً للحراسة ، وإنما السبب هو النزاع بين الشركاء وقيام الخطر العاجل (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٠ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٦ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - طنطا استثنائي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٩) .

(١) محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٥ : ويشير إلى حكم من قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية يقضى بأن محل تغليب رأى أصحاب النصيب الأكبر فى العقار الشائع - الشاغر من مدير يتولاه - على رأى أصحاب النصيب الأقل ، عند النزاع أمام المحكمة على شخص الحارس المراد تعيينه على العقار ، هو أن يكون الشخص الذى يرشحه أصحاب النصيب الأكبر خالياً من التجريح الجدى . عندئذ يحق لهم التحدى بنص المادة ٨٢٨ مدني وتغليب شخص مرشحهم للحراسة على شخص مرشح الأقلية . أما إذا ثبت العكس ، كأن كان مرشحهم محكوماً عليه منذ سنوات بتهمة نصب مثلاً - كما هو الحال فى خصوص هذه الدعوى - فللقاضى بطبيعة الحال ألا يعمل رأى الأغلبية فى هذا المقام . ذلك أن القاضى يملك شل يد المدير المعين فعلاً (من أصحاب النصيب الأكبر) لإدارة المال الشائع وتنصيب حارس قضائى آخر بدلا منه إذا ثبت أمامه سوء إدارته للمال الشائع ، فيكون لهذا القاضى من باب أولى وتوقياً للضرر قبل وقوعه أن يمتنع عن تعيين حارس قضائى رشحته الأغلبية إذا استبان من ظروف الحال ومن صحائف ماضيه ما يرجح معه عدم الاطمئنان إلى حسن إدارته (اسكندرية مستعجل ٢ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٣٠٣٠ سنة ١٩٥٤ مدني مستعجل : ويلاحظ أن المحكمة لم تستبعد تطبيق المادة ٨٢٨ مدني فى دعاوى الحراسة ، وإنما لجأت إلى تفسيرها تفسيراً أدى بها إلى نفس الحكم الذى كانت تصل إليه لو أنها استبعدت تطبيق هذه المادة) . انظر فى هذه المسألة محمد على رشدى فقرة ٢٢٨ مكررة .

أما إذا توافر سبب العزل ، فإنه يعزل حتى لو لم يرد العزل إلا لأقلية أولم يرده أحد من الشركاء^(١) .

٤٢٢ — النزاع متعلق بالترطت : نصت المادة ٨٧٥ مدني على أن

« ١ — تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال الشركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية . ٢ — وتتبع في تصفية الشركة الأحكام الآتية : » . ثم ترد أحكام مفصلة في المواد من ٨٧٦ إلى ٩١٤ مدني لتصفية الشركة وتسديد ديونها . فإما أن يعين مصف للتركة ، ويكون ذلك إما بأن يعين المورث وصيا لتركته وإما بناء على طلب أحد ذوي الشأن من الورثة أو الدائنين . وفي هذه الحالة يقوم المصفي ، لا بأعمال الحارس القضائي فحسب ، بل أيضاً بجميع أعمال التصفية . فيتسلم أموال التركة ، ويتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات للمحافظة عليها ، ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، ويستوفي ما للتركة من ديون في ذمة الغير ، ويحصر ما على التركة من ديون ، ويوفي بالديون التي لم يقم في شأنها نزاع ، أما الديون التي يقوم في شأنها نزاع فيسويها بعد الفصل في النزاع نهائياً . ثم يسلم إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة بعد استيفاء الحقوق ووفاء الديون ، وبذلك يحقق تحقيقاً عملياً المبدأ الأساسي الذي يقضي بالألا تركة إلا بعد سداد الدين . وإما ألا يعين مصف للتركة ، وقد نصت المادة ٩١٤ مدني في هذه الحالة على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز للدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو إلى رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون » .

فيجب إذن أن نستعرض ، في صدد الحراسة القضائية على التركة ، حالتين : حالة ما إذا لم يعين مصف للتركة ، وحالة ما إذا عين مصف لها :
(الحالة الأولى) إذا لم يعين مصف التركة : هنا قد تقوم الحاجة للحراسة القضائية إذا وقع نزاع بين الورثة إما في أنصبتهم ، وإما في إدارة التركة

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٦٧ — وانظر في إمكان فرض الحراسة القضائية على الأجزاء

المشتركة شيوعاً في ملكية الطبقات : عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ — فقرة ١٨١ ص ١٦٨ —
ص ١٧٠ .

إلى أن يتسلم كل وارث حصته منها ، وإما في وفاة ما على التركة من ديون ، وإما في وفاة دين على الوارث .

ويقع النزاع في أنصبة الورثة إذا ادعى واحد منهم مثلاً أن له نصيباً أكبر في الميراث عما تقر به سائر الورثة^(١) ، أو أنكر الورثة على واحد منهم أنه وارث ، أو وضع بعض الورثة يدهم على التركة ومنعوا الآخرين بذلك من الوصول إلى حقوقهم في التركة^(٢) ، أو وضع أجنبي يده على التركة أو على بعض أموالها منكرًا لحقوق الورثة^(٣) ، أو تقدم موصى له بوصية فأنكرها الورثة أو ادعوا أنها مزورة أو طعنوا فيها بالبطلان واستمروا واضعين اليد على التركة دون أن يتمكنوا الموصى له من حقه^(٤) . في هذه الفروض وأمثالها^(٥) ، إذا كان النزاع جدياً وكان هناك خطر عاجل من ترك الحائز

(١) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى في شأن أنصبة الورثة وترتب على ذلك تأخير في إجراءات القسمة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧) .

(٢) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وضع شخص يده على أعيان التركة باعتباره الوارث الوحيد وتصرف في كثير من أعيانها على هذا الاعتبار ، بالرغم من وقوع نزاع جدى في شأن وراثته لم يفصل فيه من الجهة القضائية المختصة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٨) ، وكذلك إذا ادعى بعض الورثة أحقيتهم وحدهم للتركة دون الآخرين (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو نازع أحد الورثة الباقيين في ملكية التركة لبعض الأعيان ، أو عمل على إخفاء أعيان التركة وظهر بهظهر المالك لها دون المورث (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨ - مصر الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١) ، أو اختلف بعض الورثة مع بعض آخر ولم يرغب أحد في تسلم أموال التركة (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٧) .

(٣) وقاضى الموضوع هو الذى يحسم النزاع فيما يدخل من الأعيان في التركة وفيما يخرج منها مما يتعلق به حق الغير (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨) .

(٤) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى في صحة الوصية (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) ، أو طعن بالتزوير في إمضاء الموصى (محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص ٩٣٠ هامش ١) ، ولكن إذا كانت الوصية في ظاهرها صحيحة وليس هناك مطعن جدى عليها لم يجوز فرض الحراسة (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧٠) .

(٥) وقد قضى بفرض الحراسة إذا ادعى شخص أنه وارث ورفع دعواه بذلك أمام الجهة المختصة واتضح أنه جاد في طلبه (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٠) ، أو وقع نزاع على القانون الواجب تطبيقه على التركة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٤) . وقضى بأن وضع الحكومة يدها على التركة ، طبقاً لأحكام لائحة بيت المال ، =

للتركة واضعاً يده عليها ، جاز لذى المصلحة من وارث أو موصى له أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يدير التركة مؤقتاً ، ويصرف الربح غير المتنازع فيه لأصحابه ، وأما ما يقع فيه النزاع فيودعه خزانة المحكمة حتى يفصل في النزاع أمام محكمة الموضوع^(١) .

ويقع النزاع في إدارة التركة إذا اختلف الورثة في كيفية إدارتها واستغلالها ، أو اختلفوا فيمن يقوم بالإدارة والاستغلال^(٢) ، أو اتفقوا على شخص يقوم بذلك فأساء الإدارة^(٣) أو أهمل المحافظة على أعيان التركة أو

= لا يمنع من إقامة حارس عليها إذا ادعى شخص استحقاقه للتركة ونازع الحكومة في وضع يدها (مصر ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٢ ص ٢١٨ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٥ - عبد اللطيف فقرة ٢٧٥) . وقضى بوضع الحراسة على التركة إذا استولى بعض الورثة على أغلب التركة والبعض الآخر على الباقي منها (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٤ - محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ ص ٣٠٧) . وتفرض الحراسة على التركة إذا اختلف على أنصبة الورثة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو وقع خلاف بين الموصى له بجزء من مجموع التركة والورثة وطلب الموصى له وضع التركة كلها تحت إدارة واحدة (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) . ولكن إذا كان أحد الورثة يدير التركة دون أن توجه إلى إدارته مطاعن جدية ، فلا محل لفرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ولا يجوز وجود وصى أو قيم على أحد الورثة من تعيين حارس قضائي ، وقد قضى بأن وجود وكالة من أحد الخصوم في الدعوى لا يمنع من تعيين حارس قضائي ، لتوفر الاستعجال والخطر ، حتى لو كانت إدارة الوكيل طيبة لعدم أحقيته في تمثيل باقي الخصوم الذين لهم حق الإدارة وتحصيل الغلة وعمل ما فيه صيانة حقوقهم في التركة (مصر مستعجل ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٣ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧ - ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦ - محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ ص ٣٠٧ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٦ . وقد قضى بالحراسة في حالة ما إذا كان الوارث الذي يدير التركة سيء السمعة ، وقد صدرت ضده أحكام بالزوير ، أو اقترض عن طيش وعدم تجربة بالرأيا الفاحش (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٦) .

(٣) كأن امتنع عن تأجير أعيان التركة في المزاد حين يكون ذلك واجباً حتى لا يظلم أحد من الشركاء (بنى سوييف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧) .

تأخذ في تبديدها ، أو استقل أحد الورثة دون رضا الباقين بإدارة الشركة واستمر في إدارتها بالرغم من اعتراضهم ، أو وضع وارث يده على بعض أعيان الشركة وأخذ يحدث فيها تغييرات جوهرية لا يرضى عنها الباقون ، أو امتنع من يدير الشركة عن إعطاء كل وارث حقه أو كل حقه من ريعها^(١) . في هذه الفروض وأمثالها^(٢) ، إذا كان النزاع جدياً وقام الخطر العاجل ، جاز لكل ذى مصلحة من الورثة أن يطلب وضع الشركة أو الأعيان التي وقع في شأنها النزاع تحت الحراسة ، وتعيين حارس يتولى إدارتها مؤقتاً حتى تفصل محكمة الموضوع في النزاع^(٣) .

ويقع النزاع في وفاء ما على الشركة من ديون إذا اختلفت الورثة في كيفية أداء الديون ، أو امتنعوا عن دفع الضريبة المستحقة وأخذوا في تبديد أموال الشركة ، أو نازعوا دائني الشركة فيما لهم من الديون على الشركة وامتنعوا عن وفائها^(٤) . في هذه الفروض وأمثالها^(٥) ، يجوز لكل ذى مصلحة من وارث أو دائن أن يطلب وضع الشركة تحت الحراسة وتعيين حارس يتولى

-
- (١) مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .
 (٢) وقد قضى بفرض الحراسة القضائية إذا كان من ضمن أموال الشركة أطيان أهملت وهي في حاجة إلى عمل سريع (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦) .
 (٣) محمد علي راتب فقرة ٣٦٩ فقرة ٩٣١ - ص ٩٣٢ - استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦١ .
 (٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٨٢٥ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٦ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ ص ٣٠٨ وفقرة ٢١٨ مكررة ثانياً .
 (٥) وقد قضى بوضع الحراسة إذا قام خلاف شديد بين أصحاب الشأن واستلزم الأمر نظراً لأهمية أموال الشركة وضعها تحت إدارة موحدة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠) ، وبأن قاعدة فصل ذمة الوارث عن ذمة المورث تبرر وضع أموال الشركة تحت الحراسة وفاء للدين (الحكم السابق) . ولكن لا يجوز وضع الشركة تحت الحراسة وفاء لديونها إذا كانت أموال الشركة يديرها وارث لم ينسب إليه أي إهمال ، ولم يحاول الدائن الحصول على دينه بالطرق العادية للتنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١) . وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ مكررة ثانياً - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٠ .

إدارة التركة واستغلالها وإيداع ريعها أو المقدار الذى ينشأ بالديون من هذا الريع خزانة المحكمة ، إلى أن تفصل محكمة الموضوع فى النزاع (١) .

ويقع النزاع فى وفاء دين على الوارث إذا أراد الدائن أن ينفذ على حصة هذا الوارث فى التركة فنزاعه هذا فى الدين وامتنع عن وفائه ، فإنه يجوز للدائن فى هذا الفرض ، إذا كان هناك خطر عاجل ، أن يطلب وضع حصة الوارث المدين تحت الحراسة على الوجه الذى قدمناه فى وضع الدائن حصة مدينه فى المال الشائع تحت الحراسة (٢) .

وقد طبق تقنين المرافعات فى نصين تشريعيين مبدأ وضع الحراسة القضائية على التركة فيما يتعلق بتركات الأجانب (٣) . فنصت المادة ٩٤١ مرافعات على ما يأتى : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » . فهنا يعين منفذ الوصية ، قبل تثبيته ، حارساً على التركة . ويتسلم أموالها ، إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . وتعيينه حارساً يكون بأمر على عريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية إذا كان طلب التثبيت لم يقدم بعد إلى المحكمة ، أو بقرار من المحكمة إذا كان طلب التثبيت قد رفع إليها (٤) . ونصت المادة ٩٦٧ مرافعات على ما يأتى : « يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن

(١) وإذا عهد إلى الحارس فى تصفية التركة ، جاز له أن يطن فى الهبات التى صدرت من المورث لإضراراً بحقوق الدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ .

(٣) محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة - محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص ٩٣٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٧ - فقرة ٢٧٨ .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة قد نصت « على إجراء مؤقت هو إقامة المنفذ المعين فى الوصية مديراً على التركة إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . فقد يتوافر فى ظروف الحال من أسباب الاستعجال ما لا يحتمل التأخير إلى أن ترفع الدعوى أو حتى يفصل فيها . لذلك أجاز النص للمنفذ أن يطلب من قاضى الأمور الوقتية فى الحالة الأولى ، ومن المحكمة المرفوع إليها الطلب فى الحالة الثانية ، إقامته مديراً مؤقتاً يباشر من أعمال الإدارة ما يلزم لمواجهة سبب الاستعجال وذلك حتى يصدر القرار بتثبيته » .

أو النيابة ، وبين القاضي سلطة هذا المدير»^(١). وقد سبقت الإشارة إلى هذين النصين^(٢).

(الحالة الثانية) إذا عين مصف للتركة : يغلب أن يكون تعيين مصف للتركة مغنياً عن وضعها تحت الحراسة^(٣) ، فقد رأينا أن المصنف يقوم بما يقوم به الحارس القضائي ويزيد عليه في أنه لا يقتصر على إدارة التركة إدارة مؤقتة ، بل هو يصفها ويستوفي ما لها من الحقوق ويوفى ما عليها من الديون ويسلم لكل وارث بعد ذلك حصته في التركة^(٤) . ولكن يقع مع ذلك أن تقوم الحاجة إلى إقامة حارس قضائي ، قبل تعيين المصنف بل وبعد تعيينه .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة جاءت « مكملة للفكرة التي أشارت إليها المادة ٩٦٦ ، فإنه إذا لم يتفق ذوو الشأن على من تسلم إليه الأشياء بعد جردها ، سلمها الكاتب الذي يتولى الجرد لأمين مؤقت يعينه القاضي بأمر يصدره على نفس محضر الجرد بغير إجراءات وبدون سماع مرافعة من الطرفين ، وهذا أمر ولائي لا يرقى إلى مرتبة الحكم بالحراسة . وهو تحفظ لا يمنع من رفع دعوى يطلب فيها إقامة حارس قضائي على التركة إلى قاضي الأمور المستعجلة ، ويفصل فيها طبقاً لتواعد هذا النوع من القضايا بصفة عامة » .
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠ في الهامش .

(٣) وقد قضى في عهد التقنين المدني القديم بأنه إذا كان المصنف قد عينه بعض الورثة دون بعض ، فإن تعيينه لا يمنع من إقامة حارس قضائي يمثل جميع الورثة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤) .

(٤) ولذلك تنتهي مهمة الحارس القضائي بتعيين مصف للتركة . وقد قضى في هذا الصدد بأن سلطة مصف التركة أوسع نطاقاً وابتعد مدى من سلطة الحارس ، إذ أنه يتسلم أموال التركة ويقوم بإدارتها ويحصر ما فيها من أعيان وما لها وما عليها من ديون ، ويعلن قائمة الجرد لذوي الشأن . فإذا قامت منازعات في صحة الجرد ، حققت وفصل فيها . فإذا تم الجرد وفصل في المنازعات التي قامت بشأنه ، أصبح مصف التركة على بينة من أمرها . فإذا أن تكون موسرة فيوفي الديون جميعها ، وإما أن تكون معسرة فيقسم التركة على الدائنين كل بنسبة حقوقه . وبعد دفع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى ، يقدم كل وارث إعلماً شرعياً إلى المحكمة ، فتعطيه شهادة تقرر حقوق الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة . وعلى ذلك تنتهي مهمة الحارس على التركة بقوة القانون بإقامة مصف للتركة في القضاء الموضوعي ، إذ أن الحراسة هي إجراء وقائي ، لأنه يواجه حالة وقتية تتغير بتغير الظروف ، وتزول حجته من الوقت الذي تظهر فيه وقائع جديدة تغير من مركز الخصوم أو النزاع (مصر مستعجل ٢٧ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١٥٨٢) . وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ مكررة ثالثاً ص ٣١١ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٨ ص ٩٢٩ .

أما إقامة حارس قضائي قبل تعيين المصنف ، فذلك يمكن تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٨٨١ مدني وهي تنص على ما يأتي : « على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما : ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ، ذات القيمة » . فيمكن أن يقوم نزاع بين الورثة في شأن أنصبتهم أو في إدارة التركة أو في وفاء الديون على الوجه الذي يبيناه تفصيلاً فيما تقدم ، ويقوم خطر عاجل يستدعي تعيين حارس قضائي على التركة إلى أن تنتهي المحكمة من تعيين المصنف : ويعتبر تعيين الحارس القضائي في هذه الحالة من « الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة » وهي الاحتياطات التي تشير إليها المادة ٨٨١ مدني فيما رأينا : وهذا هو نفس ما قرره المادة ٦٩٧ مرافعات فيما يتعلق بتركات الأجانب على ما قدمناه .

وأما إقامة حارس قضائي بعد تعيين المصنف ، فذلك يمكن أيضاً تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٨٧٧/٢ مدني وهي تنص على ما يأتي : « وللقاضي أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . فإذا قامت الأسباب التي تبرر عزل المصنف واستبدال غيره به ، فمن الحائز أن يطول الوقت الذي يتمكن فيه القاضي من تعيين مصنف جديد ، ويكون هناك خطر عاجل من ترك أموال التركة دون أحد يحافظ عليها . فيجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب تعيين حارس قضائي يتولى المحافظة على التركة وإدارة أعيانها مؤقتاً حتى يعين المصنف الجديد ، وقد تختار المحكمة نفس الحارس القضائي مصنفياً جديداً ، فتتقلب صفته من حارس قضائي بسلطات محددة إلى مصنف للتركة بسلطات واسعة (١) .

(١) وإذا عين حارس قضائي للتركة ، فإن الحراسة تمتد إلى أعيان التركة الموجودة في بلد أجنبي على رأي (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٣٥ - فقرة ٣٤١ - عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص فقرة ٦٢٥ وما بعدها - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨١) مختلطة محكمة الاستئناف المختلطة إلى عكس ذلك ، وإلى أن الحراسة لا تمتد إلى أعيان التركة الموجودة في بلد أجنبي (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ١٦٦ ص ٥٦ - ٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) .

٤٢٣ - النزاع متعلق بالشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو النقابات :

وأكثر ما يقع من النزاع في هذه الهيئات يكون في الإدارة . فقد يقع خلاف بين المدير والأعضاء^(١) ، أو بين المدير ومجلس الإدارة ، وقد يسيء المدير الإدارة ، ويهمل مصالح الهيئة التي يديرها . وقد ينخلو منصب المدير لوفاته أو لعزله أو لاستقالته أو لغير ذلك من الأسباب^(٢) . وقد يفلس الشريك المسئول في شركة التوصية^(٣) . ففي هذه الفروض وأمثالها^(٤) ،

(١) وقد قضي بأنه إذا قام خلاف بين أعضاء نقابة وهيئة إدارتها ، وثبت أن الغرض الذي أنشئت من أجله النقابة وهو القيام على رعاية مصالح العمال قد أصبح مستهدفاً للخطر ، وأصبحت موارد النقابة معرضة للضرر ، جاز تعيين من يتولى مؤقتاً القيام على رعاية تلك المصالح وتدير شؤون النقابة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ ص ١٨٨ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ - واقطر استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٢٠ (خلاف بين رئيس النادي وأعضاء مجلس الإدارة) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٠ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣ .

(٤) وقد قضي بأن استئثار بعض الشركاء في شركة محاصة بإدارة الشركة وأرباحها دون الشركاء الآخرين يميز هؤلاء طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة القضائية ، حتى تفصل المحكمة المختصة في موضوع النزاع القائم بينهم (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٧٤ هامش ٢) - وقضي بأن قيام نزاع بين الشركاء على إدارة الشركة يقتضي فرض الحراسة عليها حتى يقضى موضوعاً ببطالان الشركة أو حلها ، ولا يؤثر في ذلك وقوع نزاع في مدى حقوق الشركاء (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٨) - وقضي بأن رفع الدعوى بفسخ الشركة أو بتصفيتها لعدم اتفاق الشركاء على الإدارة ، أو لمخالفة بعضهم لشروط عقد الشركة ، يميز لأى من الشركاء أو لأى دائن من دائني الشركة وضع أموالها تحت الحراسة حتى يفصل في موضوع النزاع (نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٥٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٤) - وقضي بأنه إذا قام النزاع في شركة مساهمة بين من قام بتأسيسها وله أغلبية أسهمها وبين مساهم آخر ضمه إليها وعهد إليه بمباشرة الأعمال اللازمة لمراجعة وتهيئة وتدعيم الإدارة الفنية ورسم برامج العمل وتنظيم الإنتاج والنشاط التجاري ، وكان من شأن هذا النزاع أن يعرقل نشاط الشركة ويعرضها لخطر يتفاقم بفوات الوقت ، جاز وضع هذه الشركة تحت الحراسة . وإذا لم تر المحكمة في ظروف الدعوى ما يبرر تحويل الحارس -

إذا كان النزاع جدياً ، قد يقوم خطر عاجل من ترك النزاع يتفاقم ، ويقتضى الأمر إقامة حارس قضائي^(١) يدير الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو النقابة مؤقتاً حتى يبت نهائياً في النزاع القائم .

وقد يقيم أحد الأعضاء دعوى فسخ ، فيحتمل النزاع بين المديرين والأعضاء ، ويقوم خطر عاجل يستوجب إقامة حارس قضائي يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل في دعوى الفسخ والتصفية^(٢) .

وقد يتوفى أحد الشركاء المتضامنين ، فلا توافق ورثته على الاستمرار في الشركة ، ولا يكون منصوباً في عقد الشركة على جواز استمرارها بعد .

اختصاصات عضو مجلس الإدارة المنتدب، فإنها تعهد إليه بتسلم الشركة موضوع الدعوى وإدارتها واستغلال مصادرها ومباشرة جميع الأعمال المتعلقة بها على الوجه الذي يحقق المصلحة لها وإيداع صافي أرباحها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع القائم ريثما ينقضي (إسكندرية مستعجل ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ التشرية والقضاء ٣ ص ١٣٥) - وقضى بفرض الحراسة إذا نسب إلى مدير الشركة مطاعن جدية تستوجب عزله ، بحيث يضحى من الخطر بقاء المال تحت يده ، حتى تقضى محكمة الموضوع بعزله (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص ١١٦٥ : يقول الحكم إن الحراسة إجراء وقفي ليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء ، ولا مخالفة لنص المادة ٥١٦ مدني) .

وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٦ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٦ - ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ (الشريك الذي يدير الشركة شهر إفلاسه) .

(١) وقد تقضى طبيعة أعمال الشركة بإقامة نفس المدير حارساً ينضم إليه حارس آخر يراقب أعماله (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣١) . وتختلف مهمة الحارس باختلاف الضرورة التي اقتضت الحراسة ، وقد تقتصر على مجرد الإشراف على عمل المدير ومراقبة حركة الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٢١ جازيت ٢١ رقم ٤٥٤ ص ٣٩٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٤ - مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٠ قضية رقم ٢٤٤٨ سنة ١٩٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٠ ص ١٨٨ .

وفاة أحد الشركاء ، فيجوز للورثة أن يطلبوا وضع الشركة تحت الحراسة إلى أن يبت في أمر حلها وتصفيتها^(١) .

وقد يدعى بعض الشركاء أن الشركة قد حلت ، ويتنازع بعض آخر في ذلك ، وينجم عن هذا النزاع أن يقوم خطر عاجل من بقاء الحالة على ما هي عليه ، ويستدعى الأمر إقامة حارس قضائي يتولى الإدارة مؤقتاً إلى أن يفصل في النزاع^(٢) .

وقد يتفق الشركاء على تصفية الشركة ، ثم يختلفون في تفسير عقد التصفية المبرم فيما بينهم ، ويقوم من وراء ذلك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد الإدارة الحالية ، فيقتضى الأمر إقامة حارس قضائي يتولى إدارة الشركة مؤقتاً حتى يفصل في هذا النزاع^(٣) .

وقد تحمل الشركة وتدخل في دور التصفية ، ومع ذلك تفرض الحراسة

(١) وقد قضى بأن موت أحد الشركاء المتضامنين في شركة تضامن ، واستمرار باقي الشركاء في الشركة دون موافقة ورثة الشريك المتوفى ودون أن ينص في عقد الشركة على استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء ، يجيز لورثة الشريك المتوفى طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة حتى تبت محكمة الموضوع في تصفيتها وتعيين مصف لها (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بفرض الحراسة إذا استأثر أحد الشركاء بأموال الشركة مدعياً أنها حلت ، مع منازعة الشركاء الآخرين له في ذلك (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين بما جاء في الحكم أن المحكمة أقامت قضاءها بالحراسة على أموال الشركة استناداً إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وكان تقدير الجدل في النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، متى كانت الأسباب التي جعلتها قواماً لقضائها بهذا الإجراء الوقفي تؤدي إلى النتيجة التي رتبها عليها ، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير - كما ذهب إليه الطاعن - إنما اقتصر على استعراض وجهتي نظر الطرفين لتبين مبلغ الجدل في النزاع ، وكان ما يدعيه الطاعن عن أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالاً لأحكام العقد الآنف الذكر مردوداً بأن شخصية الشركة تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهي هذه التصفية ، فإن ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من الخطأ في القانون والقصور في التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) .

عليها ، وتكون مهمة الحارس إثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأي طريق ممكن ، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التي تصلح عنصراً للتصفية ، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون . ذلك أن مهمة الحارس في هذه الحالة تختلف عن مهمة المصنئ ولا تتعارض معها ، فلا تتنافى الحراسة مع قيام التصفية^(١) .

وقد يقوم نزاع بين أحد الشركاء وبين الشريك المتولى الإدارة في شأن ملكية بعض أموال الشركة ، فيدعى الشريك أنها ملكه ويدعى المدير بأنها ملك الشركة ، ويصبح من الخطر بقاء تلك الأموال في يد المدير ، فيقام حارس قضائي يتسلمها إلى أن يبت في النزاع^(٢) .

أما إذا وقع نزاع بين المساهمين في شركة مساهمة حول ملكية الأسهم ، فإن ذلك في ذاته لا يؤدي في الأصل لإقامة حارس على أموال الشركة ، إلا إذا خطر من هذا النزاع على إدارة الشركة ، وكل ما يترتب من الأثر هو

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظي^٣ وقتي تدعو إليه الضرورة ، فهو موقت بها ويستمد منها وجوده . وإذن متى كان الحكم قد بين مأمورية الحارس وهي تسليم أموال الشركة وجردها ، بحضور طرفي الخصوم ، وكان لازم ذلك أنها تنتهي بمجرد انتهاء العمل الموكل إلى الحارس ، وكانت مأمورية الحارس تختلف عن مهمة المصنئ ولا تتعارض معها ، إذ سلطة كل منهما تغاير في جوهرها سلطة الآخر ، فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه لم ينص في منطوقه على توقيت الحراسة ، أو أنه أمر بهذا الإجراء مع قيام التصفية ، لا مبرر له قانوناً (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض^٤ رقم ١٢٧ ص ٦٣) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٦ .

وقد يقوم النزاع - والشركة في دور التصفية الاختيارية - بين المساهمين العاديين وأصحاب الأسهم الممتازة وحصص التأسيس ، مما يستوجب فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بفرض الحراسة على أموال الشركة والعقارات المتنازع عليها ، قد رأى أن الخطر على مصلحة المطعون عليهم متوافر من بقاء هذه العقارات وتلك الأموال تحت يد الطاعن الأول بوصفه شريكاً مديراً للشركة ، مع احتدام الخصومة بينه وبين المطعون عليهم واحتمال امتداد أمدتها إلى أن يبت بحكم نهائي من محكمة الموضوع مما يقتضي إقامة حارس ، وكان الحكم لم يتناول عقد الشركة بالتأويل والتفسير وإنما اقتصر على استعراض وجهتي نظر الطرفين ليتبين مبلغ الجدل في النزاع ، فإن النعي عليه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) .

عدم تمكن الشخص الذى يدعى ملكية الأسهم من حضور الجمعية العامة لما يتطلب الحضور من إيداع الأسهم بمركز الجمعية أو بأحد المصارف (١) . ولكن يمكن وضع الشركة المساهمة تحت الحراسة القضائية إذا قام نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة بحيث لا يتمكن هذا المجلس من أداء مهمته ، فيعين حارس تكون مهمته دعوة الجمعية العامة لانتخاب مجلس إدارة جديد ، ويدير الحارس الشركة حتى يتم انتخاب هذا المجلس (٢) . وكذلك يعين حارس لنفس المهمة إذا كان تعذر انعقاد مجلس الإدارة راجعاً إلى بطلان انتخاب أعضائه ، أو إلى بطلان انعقاد الجمعية العامة التى قامت بانتخاب الأعضاء ، أو إلى استقالة عدد من الأعضاء أو وفاتهم وعدم انتخاب غيرهم ، أو إلى قيام نزاع على ملكية عدد من الأعضاء للأسهم الواجب امتلاكها لحواز الترشيح لعضوية مجلس الإدارة (٣) .

وإذا انتهت الشركة ولم تتفق أغلبية الشركاء على تعيين المصطفى ، فإن قاضى الموضوع يتولى تعيينه ، وكذلك يتولى تعيين مصف للشركة الباطلة

(١) إسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٣٧ - حسن راشد جرائد بحث فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٨ وما بعدها - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٦ - ص ٩٣٧ - أما إذا كانت الأسهم مرهونة رهناً حيازياً ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى لتسلم هذه الأسهم من الدائن المرتهن وإيداعها مركز الشركة حتى يتمكن المساهم من حضور الجمعية العامة ثم ترد بعد ذلك إلى الدائن المرتهن (باريس أول يونيو سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٠٥ - أوبرى روى وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ - محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٧ هامش ٢) .

(٢) ويجوز فرض الحراسة بناء على أحد طلب أعضاء مجلس الإدارة أو أحد المساهمين فى الشركة ، فلكل من هؤلاء مصلحة فى طلب الحراسة حتى تستقيم أعمال الشركة (حسن راشد جرائد فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤٠ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٢٨ هامش ٢) .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٨ - والحارس القضائى يدعو وحده الجمعية العامة للانعقاد حتى لو كان النظام الأساسى للشركة يستلزم لانعقاد الجمعية العامة أن يوجه الدعوة مجلس الإدارة أو عدد من المساهمين ، لأن الحارس القضائى إنما عين لهذا الغرض ، ويقوم بتحقيقه كإجراء تحفظى وقتى لا يمس النظام الأساسى ، ومتى تحقق الغرض لم ينجز بعد ذلك مخالفة النظام الأساسى فى دعوة الجمعية العامة (حسن راشد جرائد مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤١ - محمد على رشدى فقرة ٢٣١ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٩ هامش ١ - وقارن إسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٧ : ويقضى الحكم بأن الحارس لا يدعو الجمعية العامة للانعقاد إلا إذا طلب إليه ذلك العدد اللازم من المساهمين طبقاً للنظام الأساسى) .

(م ٥٣٤ مدني) (١) . والمصنف ليس حارساً قضائياً ، بل إن مهمته أوسع بكثير من مهمة هذا الحارس ، فهو يبيع مال الشركة ، ويستوفي الحقوق ويوفي الديون ، ويقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً (انظر المواد ٥٣٥ إلى ٥٣٧ مدني) (٢) ولكن لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن قاضي الموضوع قد عين مصفياً للشركة ، من أن يعين قاضي الأمور المستعجلة حارساً قضائياً للشركة ، إذا نسب إلى المصنف ما يجعل من الخطر بقاء أموال الشركة في يده ، أو طراً بعد تعيينه ما يستوجب الحراسة القضائية . فيتولى الحارس إدارة أموال الشركة مؤقتاً ، حتى يبت في النزاع القائم في شأن المصنف أو حتى يعين مصنف آخر محله (٣) .

وفي جميع الأحوال لا تجوز الحراسة إلا كإجراء وقائي تحفظي ، تستلزمه ضرورة المحافظة على حقوق الشركاء أو الأعضاء (٤) . ولا تجوز إذا تبين أن الفرض منها إنما هو تعديل في عقد الشركة أو النظام الأساسي دون موافقة

(١) وتنص المادة ١/٧٧ مدني على أن « تعين المحكمة عند الحكم بإلغاء المؤسسة مصفياً لأموالها ، وتقرر مصير ما يبقى من الأموال بعد التصفية ، وفقاً لما نص عليه في سند إنشاء المؤسسة » .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٢٧٢ - إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٢ ص ٩٤٠ - هذا وقد يقوم النزاع في تكييف العلاقة بين الحصين ، هل هي شركة توصية أو عقد عمل ، فيقيم القضاء المستعجل حارساً قضائياً حتى تبت محكمة الموضوع في النزاع (مصر مستعجل ١٠ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٣٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ هامش ٣ - انظر عكس ذلك وأن قاضي الأمور المستعجلة يتعدى اختصاصه إذا قضى بوضع الحراسة : استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - وقد قضى بأنه ليس للشريك المدير أن يعترض على الحراسة بقوله إن تعيين الحارس القضائي يتضمن عزلاً له وإن العزل لا يكون إلا بحكم من محكمة الموضوع وطبقاً لنص المادة ٥١٦ مدني - ليس له أن يتحدى بذلك ، لأن مثل هذا القول مردود بأن الحراسة القضائية متى فرضت عند توافر أركانها ، فإنها تفرض كإجراء وقائي تحفظي تقتضيه الظروف العاجلة التي تحسمها القاضى من ظروف الدعوى ، وليس فيها معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة ، ولا فيها مخالفة لنص المادة ٥١٦ للسالفة الذكر (نقض مدني • يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص ١١٦٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه آنفاً فقرة ٤٢٣ في الهامش) .

جميع الشركاء ، أو تحويل الشركة إلى شركة أخرى ، أو الحد من سلطة المدير ، فإن هذا يكون فيه مساس بالموضوع وينبئ عليه الإخلال بنصوص عقد الشركة (١) .

وإذا قضى بالحراسة على شركة كإجراء وقائي تحفظي ، فإنه يجوز للقاضي إذا كان هناك مبرر لذلك ، كأن كانت أعمال الشركة المالية مرتبكة ، أن يحكم بوقف التعامل في أسهم هذه الشركة وسنداتهما حتى لا تهبط أسعارها ، وذلك محافظة على مصالح المساهمين والدائنين . وقد نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٢٧ الخاص باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية على أنه « يجوز للقضاء ، عند الحكم بالحراسة على إحدى الشركات ، أن يأمر على وجه الاستعجال بوقف التعامل في الأوراق المالية المتعلقة بهذه الشركة حتى يفصل في أمرها ، إذا اقتضت الضرورة ذلك » (٢) .

§ ٣ - تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه

٤٢٤ - قيام الخطر العاجل كف وحده لفرصة الحراسة : قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدني تجيز للقضاء أن يأمر بالحراسة « إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » . فلا يشترط إذن في هذا الفرض الثالث ، كما سبق القول (٣) ، إلا توافر الشرط العام في كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل . ولذلك يدخل في هذا الفرض جميع أحوال الحراسة التي لا تدخل في الفروض الأخرى ، فلا يشترط نص خاص في القانون ولا قيام

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٧ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠١ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣٢ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٤ - وعلى ذلك لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بتصفية الشركة أو تعيين مصف لها ، لأن هذا لا يعتبر إجراء تحفظياً ، بل هو فصل في موضوع النزاع ، وليس له كذلك أن يحكم بحل الجمعيات والمؤسسات ، فهذا فصل في موضوع النزاع ، وقد نظم له القانون إجراءات خاصة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٢ - فقرة ٢٧٣) .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

نزاع جدى أو حق غير ثابت ، بل يكفى قيام الخطر الداجل وحده لفرض الحراسة ، ومن ثم تكون أحوال الحراسة غير مذكورة على سبيل الحصر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وأخيراً وضع المشروع نصاً عاماً يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين . وبناء على هذا النص لم يعد ضرورياً أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة ، ولأن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت ، بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيها ، وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة نخشى معها أن يختلس هذا المال حائزاً أو أن يتلفه أو أن يغير فيه : انظر المادة ٦٦٣ ثانياً من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر نخشة هذا الخطر من أسباب معقولة » (١) .

فيكفى إذن أن يكون لطالب الحراسة مصلحة فى منقول أو عقار ، ولم يتطلب القانون أن يكون له حق فى المنقول أو العقار ، بل لم يحدد المصلحة فيصح أن تكون مصلحة مادية أو مصلحة أدبية ، كما يصح أن تكون مصلحة محققة أو مصلحة محتملة (٢) ، وسيأتى بيان ذلك فى التطبيقات العملية .

ولم يكن نص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى صريحاً فى إمكان فرض الحراسة على مجموع من المال ، فقد ذكر المنقول والعقار وسكت عن مجموع المال ، على عكس المادة ٧٢٩ مدنى والفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ مدنى فإن مجموع المال ورد صراحة فى النص الأول وورد فى النص الثانى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٠ مدنى يحصر أسباب الخطر العاجل فيقول : « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء ، أو أن يتلفه ، أو أن يغير فيه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ليكون حكمه عاماً ، فأصبح كافياً أن يخشى صاحب المصلحة « خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » ، وهذا ما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٠ وانظر آنفاً فقرة ٤٠٩ فى الهامش) - وانظر فى النتائج العملية التى تترتب على الفرق بين نص التقنين المدنى ونص المشروع التمهيدى : عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٧ - فقرة ١٣٤ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١ .

عن طريق الإحالة إلى النص الأول : ولكن أحكام القضاء مضطردة في عهد التقنين المدني القديم على جواز فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، وقد رأينا تطبيقات كثيرة لذلك عند الكلام في الحراسة القضائية على الشركات^(١) وعلى الشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات^(٢) . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، كما رأينا^(٣) ، أن يجارى أحكام القضاء في التوسع ، وأن يقنن ما وصلت إليه هذه الأحكام من المدى البعيد في هذا السبيل . ولم يفتنه ، إمعاناً في الإفصاح عن هذا القصد ، أن يذكر صراحة مجموع المال في الحراسة الاتفاقية ، وفي الحراسة القضائية في الفرض الذي قيده بقيام النزاع أو الحق غير الثابت . فليس معقولاً أن يكون ، في الفرض الذي أراد فيه إطلاق الحراسة القضائية من هذه القيود ، قد قصد بإغفاله عبارة « مجموع من المال » أن يعود إلى تقييد هذه الحراسة ، ولاشك في أن هذا سهو غير مقصود . لذلك لا محل للتردد في القول بإمكان فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم أو حق غير ثابت^(٤) . ويجب ، كما هو صريح النص ، أن تتجمع لدى طالب الحراسة أسباب

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٤) ويقول الأستاذ عبد الحكيم فراج في هذا المعنى : « لذلك كان الواجب يقضى ، حتى يتفق النص التشريعي مع ما استقرت عليه أحكام القضاء ، أن تضاف عبارة « مجموع من المال » إلى صدر الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ من القانون المدني الجديد ، ليكون حكمها شاملاً وعماماً مثل حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، ومثل حكم المادة ٧٢٩ من القانون المدني الجديد التي تكلمت عن الحراسة الاتفاقية ، خصوصاً وأن المشرع قصد صراحة أن يكون حكم الفقرة الثانية المذكورة عاماً وشاملاً حتى يتسنى للقضاء أن يواجه بها جميع الأحوال التي لم يرق في شأنها نزاع أو لم يخصص لها نص في القانون . فكان من مقتضى تحقيق هدف المشرع أن يضاف إلى نص الفقرة الثانية المذكورة عبارة « مجموع من المال » بجانب المنقول والعقار . أما وقد سكنت المشرع عن ذلك ، ولم يصرح عن قصده في عدم جواز الحراسة عليه ، وجب حمل سكوته على جوازها على مجموع من المال كلما توافرت شروط النص ، تحقيقاً لسياسة المشرع في جعل النص عاماً وشاملاً ، وتكرار أحوال الحراسة فيه على سبيل المثال ، وقياساً على حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ من القانون المدني الجديد والمادة ٨٧٦ منه التي أجازت للقضاء تعيين مصف للتركة إذا لم يعين المورث وصياً لتركته » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٥ ص ١٢٦) .

معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه . وليس في هذا إلا ترديد للشرط العام المطلوب توافره في جمع دعاوى الحراسة كما سبق القول . وتقدير قيام الأسباب المعقولة والخطر العاجل مسألة موضوعية يترك تقديرها للقاضي الموضوع ، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول فيما رأينا : « ويترك للقاضي تقرير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة » (١) .

٤٢٥ — بعض التطبيقات العملية : ونورد بعض تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، حيث لا يشترط قيام نزاع أو حق غير ثابت . ونبادر إلى القول بأن كثيراً من التطبيقات العملية التى أوردناها حيث يقوم نزاع جدى يمكن تصورها متحققة دون أن يقوم أى نزاع ، فتكون هى ذاتها تطبيقات عملية لهذا الفرض العام الذى نحن بصددده . فقد لا يقوم نزاع في شأن المال المبيع أو العين المؤجرة أو المال الشائع أو التركات أو الشركات ، ومع ذلك توضع هذه الأموال تحت الحراسة القضائية مادامت هناك أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال في يد حائزه . وفي ضوء هذه الملاحظة نستعرض طائفة من التطبيقات العملية يكون فيها مال طالب الحراسة في يد الغير ، أو يكون له حق في مال الغير ، أو يكون دائماً ويطلب الحراسة لضمان وفاء الدين ، أو يكون له حق محتمل يريد حمايته عن طريق الحراسة .

٤٢٦ — مال طالب الحراسة في يد الغير : رأينا أمثلة متعددة لحالة يكون فيها مال طالب الحراسة في يد الغير ويخشى خطراً عاجلاً من بقاءه في يد حائزه ، فيطلب وضعه تحت الحراسة . من ذلك وجود العين في يد المستأجر ، ووجود العين المرهونة رهن حيازة في يد الدائن المرتهن ، ووجود العين المنتفع بها في يد المنتفع .

وقد رأينا أنه يجوز للمستأجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة ، إذا أهمل المستأجر زراعتها ، أو تركها بوراً ، أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك (٢) . ويمكن تصور قيام هذه الحالة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٠ — وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠ والأحكام والمراجع المشار إليها في هامش هذه الفقرة .

دون أن يكون هناك أى نزاع فى شأن الإيجار ، فلا المؤجر ينازع المستأجر فى حقه كمستأجر ، ولا المستأجر ينازع المؤجر فى حقه كمؤجر ، ومع ذلك يخل المستأجر بالتزاماته على النحو الذى قدمناه ، فيقوم خطر عاجل من بقاء العين المؤجرة فى يد المستأجر . ومن ثم يجوز للمؤجر وضع العين تحت الحراسة ليقوم الحارس بزراعة الأرض على الوجه الواجب ، إلى أن يقدم المستأجر ضمانا بأنه سيقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه الذى يتطلبه القانون . وكالأرض الزراعية المباني ، فإذا أخذ المستأجر يخرب المنزل الذى استأجره ، أو أساء استعماله ، أو استعماله فى غير الغرض الذى أعد له ، دون أن يقدم نزاع بين المؤجر والمستأجر فى شيء من ذلك ، فإنه يجوز مع هذا للمؤجر أن يطلب وضع المنزل تحت الحراسة ، ليقوم الحارس بإزالة ماوقع من المستأجر من المخالفات وسوء الاستعمال ، إذا كان هناك خطر عاجل يبرر فرض هذه الحراسة .

كذلك يجوز للمدين الراهن رهن حيازة أن يطلب وضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، إذا أداره الدائن المرتهن إدارة سيئة أو ارتكب إهمالا جسيما أو أساء استعمال حقه . ويجوز وضع العين تحت الحراسة حتى لو لم يقيم نزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن فى شيء من ذلك ، ويكفى أن يكون هناك خطر عاجل يهدد سلامة الشيء المرهون . وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ - يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله . ٢ - فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » . وقد سبق ذكر ذلك (١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ فى الهامش .

وكذلك يجوز لمالك الرقبة ، إذا استعمل المنتفع الشيء انتفاعاً غير مشروع :
أو غير متفق مع طبيعته ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، حتى لو لم يكن .
هناك نزاع في ذلك بين الطرفين . ويكفي أن يثبت مالك الرقبة أن حقوقه
في خطر حتى يجوز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن تخلف المنتفع عن
تقديمها ، جاز وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز عند الاقتضاء الحكم
بإنهاء حق الانتفاع . وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٨ مدني ، وقد تقدم
ذكرها (١) .

٤٢٧ — مطالب الحراسة في مال الغير : وننتقل الآن إلى حالات .
لا يطلب فيها للشخص كما في الحالات السابقة وضع الحراسة على ماله في يد
الغير ، بل يطلب فيها وضع الحراسة على مال الغير لأن له حقاً تعلق بهذا
المال . ونختار أمثلة لذلك العين الموعود ببيعها وهي في يد الواعد ، والعين
المبيعة وهي في يد المشتري ، والبعار المرهون رهناً رسمياً وهو في يد المدين .
الراهن .

فأما العين الموعود ببيعها فهي لا تزال في ملك الواعد ، وليس للموعود
له إلا حق شخصي يتعلق بها إلى أن يبدى رغبته في الشراء . فإذا خشي الموعود
له خطراً عاجلاً من بقاء العين تحت يد صاحبها طول المدة التي تسبق إبداء
رغبته في الشراء ، كأن شرع الواعد في التصرف فيها وبخاصة إذا كانت
منقولة حيث يسهل عليه أن يتصرف فيها لحائز حسن النية فيضيع على الموعود
له حقه ، عند ذلك يستطيع الموعود له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة
إلى أن ينقضي الوقت الذي يجوز له فيه إبداء رغبته في الشراء ، حتى لو لم
يكن هناك نزاع قائم في هذا الشأن بين الواعد والموعود له . ولكن يجب
أن يثبت الموعود له أن هناك خطراً عاجلاً محققاً من بقاء العين تحت يد الواعد ،
إذ أن هذا الأخير لا يزال هو المالك للشيء فلا تغل يده بالحراسة إلا إذا كان
هناك خطر عاجل يبرر ذلك .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٢ — وإذا خشي المالك خطراً من اتخاذ الدائن لإجراءات نزع
الملكية في دين ينازع فيه ، جاز له أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة حتى يبت في النزاع القائم
في شأن الدين (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤) .

وقد تنتقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري ويتسلمها ، ولكن يبقى حق الامتياز البائع متعلقاً بالعين ضماناً لوفاء الثمن . وقد قدمنا أنه إذا أثبت البائع الذي لم يستوف الثمن أن المشتري يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازها ، أو أثبت أن المشتري لم يقيم بسداد الديون التي تضمنها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع ، أو لم يقيم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة^(١) . ويجوز له أن يتقدم بهذا الطلب حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم بينه وبين المشتري ، مادام أن هناك خطراً عاجلاً يهدد الضمان الذي دله في الوفاء بالثمن ، وهذا يكفي لفرض الحراسة .

والعقار المرهون رهناً رسمياً يبقى في يد الراهن وتبقى له ملكيته ، ولكن يتعلق بالعقار حق الدائن المرتهن . وقد يهدد هذا الحق خطر عاجل ، فيجوز للدائن المرتهن أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة وهو ليس ملكاً له ولكن تتعلق به حقه . ولا يشترط قيام نزاع لإمكان فرض الحراسة ، بل يكفي قيام الخطر العاجل . ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٤٧ مدني من أن «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك» . وغني عن البيان أن من بين الوسائل التحفظية التي يستطيع الدائن المرتهن اتخاذها للمحافظة على سلامة العقار المرهون أن يطلب وضعه تحت الحراسة^(٢) .

٤٢٨ — طالب الحراسة دائن بربر ضمانه وفاء الدين : ويتصل بما

تقدم أن يكون طالب الحراسة دائناً شخصياً فتكون جميع أموال المدين ضماناً لدينه ، ومن هنا يتعلق حقه بملك الغير ، ولكن لابعين معينة بالذات كما هي الحال فيما قدمناه من تعلق حق الموعود له بالعين الموجود ببيعها ومن تعلق

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لمن له حق عيني في عقار مملوك للغير أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة ، إذا خشي من استئثار المالك بالعقار (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ - ٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤١ - ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ١٩١٣ - ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٥) .

حق البائع بالعين المبيعة ومن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون ،
ولكن بمجموع أموال المدين . فهل يجوز للدائن الشخصى أن يطلب وضع
أموال مدينه تحت الحراسة لاستيفاء دينه منها ؟

نستبعد أولاً جواز وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فيما عدا
حالة المدين المعسر . وليس ذلك لأنه لا يجوز وضع الحراسة على مجموع من
المال ، فقد بينا أن ذلك يجوز كما فى التركات والشركات والجمعيات
والمؤسسات والنقابات . ولكن لأن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين
هو بمثابة حجر عليه ورفع يده عن جميع أمواله ، وهذا لا يجوز إلا فى حالات
خاصة حددها القانون وهى الحجر والإفلاس والإعسار ، ومن ثم استثنينا
المدين المعسر^(١) .

ويبقى بعد ذلك أن يطلب الدائن وضع الحراسة على مال للمدين معين ،
لا يتعلق به حقه خاصة وإنما يتعلق به داخلاً فى عموم ماله كما يتعلق بأى مال
آخر للمدين ، فهل يجوز ذلك ؟ إذا أريد بالحراسة التنفيذ على أموال المدين ،
فيطلب الدائن وضع مال للمدين تحت الحراسة ليقوم الحارس بإدارته
وتصفيته ويبيعه وسداد الدين من ثمنه ، فإن هذا لا يجوز . ذلك أن الحراسة
لم تشرع لتكون طريقاً للتنفيذ^(٢) ، وطرق التنفيذ قد نظمها قانون المرافعات

(١) نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ٣١٣ ١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩
دالوز ٩٠ - ١ - ٣٤ - ليون ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٨٢ - أوبرى
ودرو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص ٥٣٣
هامش ٣ - وانظر فيما يتعلق بالحراسة الاتفاقية آنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش - وقارن بودرى
وقال فقرة ١٢٨٢ .

(٢) أو لإكراه المدين على الوفاء (محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ - محمد على راتب فقرة ٣١١
ص ٨٠٦ - استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ١٨٤ - مصر
مستعجل ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة
٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ - ١١ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٥٠ ص ٣٢٥ - ٢٢ فبراير
سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ ص ١٠١ - بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة
١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ - إسكندرية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٩
ص ٧٠٠ - استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ - أول مايو سنة ١٩٢٤
م ٣٦ ص ٣٤٧ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠
ص ٣٠١ - ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ -
١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١ - ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣) .

وليست الحراسة من بينها ، وما الحراسة إلا إجراء تحفظي مؤقت لا يتمسك أصل الموضوع ، بخلاف استيفاء الدين من مال المدين فهو إجراء تنفيذي. غير مؤقت ويمس أصل الموضوع . ولكن الحراسة على مال للمدين تجوز إذا أريد بها أن تكون إجراء تحفظياً مؤقتاً ، ويكون الغرض منها المحافظة على هذا المال من خطر عاجل يهدده ، كأن يكون المدين قد شرع في التصرف فيه لتفريجه . وقد قضى بأنه يجوز وضع الحراسة على مال للمدين ، إذا ثبت أن هذا الأخير يحاول الهروب من الدين بالتصرف في المال تصرفاً صورياً^(١) ، أو إذا تعمد المدين تعطيل أثر إجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن بالمماطلة والتواطؤ مع الغير^(٢) ، أو إذا تخلف الراسي عليه المزداد عن أداء التزاماته بسبب إفلاسه وظل العقار في حيازة المدين المنزوعة ملكيته يستولى

= وقد قضى بعدم جواز فرض الحراسة بناء على طلب أحد المدينين المتضامنين عندما يتأخر المدين المتضامن معه في سداد نصيبه من الدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٨) ، أو بناء على طلب الدائن العادي الذي لديه سند تنفيذي ويرغب في تنفيذه بطريق وضع أمواله تحت الحراسة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ - طنطا استئناف ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز للدائن الجارى نزع أملاك مدينه أن يطلب تعيينه حارساً قضائياً على الأعيان التي ينزع ملكيتها ، ليستغلها بنفسه لنفسه وفاء لدينه ، على أن تنتهي الحراسة عند سداد الدين (بني سويف ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٨ رقم ٤١ ص ٧٨) .

(١) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٠ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٢٢١ - ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ .
(٢) وقد قضى بأن للحارس المقام على عقار لحماية مصلحة الدائنين من تصرفات المدين اتخاذ كل الإجراءات التي تكفل الوصول إلى هذه الغاية ، وبوجه خاص طلب بطلان عقود الإيجار المخالفة للقانون أو التي تواطأ فيها المدين لإضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٥ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٤ ص ٣١٧ هامش ١) ، أو طلب بطلان الهبة التي صدرت من المدين لإضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) . وقضى بأن الحراسة لا تجوز إلا إذا تعذرت وسائل التنفيذ التي رسمها القانون أو استحالت إما لسوء نية أو لسوء إدارة ، وهي في الحالتين تكون الطريق الوحيد الذي يكفل حق الدائنين ويصون مصالح المدين (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩) ، فلا تجوز الحراسة لمجرد ضمان استيفاء الثمن إذ القانون قد رسم طرقاً لاستيفائه ليس من بينها الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢) ، وإذا رفعت الدعوى البولصية أو دعوى الصورية على متلق العقار لم يكن ذلك كافياً لطلب الدائن وضع العقار تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤) .

على ثماره ويتصرف فيه^(١) . ولا يشترط في جميع هذه الأحوال أن يكون هناك نزاع قائم بين الدائن والمدين ، بل يكفي قيام الخطر العاجل على النحو الذى يبداه لفرض الحراسة على مال المدين^(٢) .

والمدين المعسر كالمدين الموسر يمكن للدائن أن يطلب وضع الحراسة على مال له معين ، بل إن حالة المدين المعسر تستدعى الحراسة أكثر مما تستدعيه حالة المدين الموسر ، فإنه أقرب إلى تهريب ماله وإلى الماطلة والتواطؤ مع الغير . ولكن وضع مجموع ماله تحت الحراسة هو محل الخلاف . على أن رأى السائد في القضاء والفقهاء في مصر هو أنه لا يجوز ذلك ، فإن فيه حجراً على حرية المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها والحجر لا يكون إلا في الحالات التى نص عليها القانون وليس الإعسار منها ، وفيه كذلك حجر على حق الدائن في التنفيذ الفردى على أموال مدينه وهو حق يتلقاه من القانون مباشرة .

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - عبد الحكيم فراج فقرة ٩٠ - فقرة ٩٢ - محمد على رشدى فقرة ٢٢٣ - محمد على راتب فقرة ٣١١ - وقد قضى بجواز الحراسة على عقار لمصلحة الدائنين ، بالرغم من أن هذا العقار لم يتم بناؤه ولا يمكن تأجيره ولا يغل ريعاً ، إذا كان المدين مالك العقار يحاول الإنقاص من قيمته معرضاً بذلك حقوق الدائنين للخطر (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٤ ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضى بأنه تصح الحراسة على مشجر للمدين (جراج) لضمان استيفاء الدين إذا كان المدين لا يملك أى مال آخر (استئناف مختلط ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١) . وإذا وضع الدائن الحراسة على ريع عقار المدين اعتبر بمثابة دائن حاجر ، ويجب إعلانه للتقدم في التوزيع مع سائر الدائنين الحازين وإلا كانت إجراءات التوزيع باطلة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) . ولا يشترط لوضع العقار تحت الحراسة اتخاذ إجراءات نزع الملكية وحجز العقار ، إذ الحراسة في هذا الفرض الأخير حالة خاصة نص عليها القانون (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١) .

ويجوز للدائن المرتهن أن يتفق مع المدين على وضع العقار المرهون رهناً رهنياً تحت الحراسة إذا تأخر المدين في وفاء الدين وتكون الحراسة في هذه الحالة حراسة اتفاقية ، وإذا رسا المزداد على الدائن ولم يتمكن من تسلم العين جاز له أن يطلب وضعها تحت الحراسة ، وإذا وقفت إجراءات نزع الملكية بسبب المعارضة في التنبيه لم يمنع ذلك من وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩) . وانظر استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣١ .

فلا يجوز حرمانه منه إلا بنص صريح في القانون . هذا إلى أن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين يتضمن ضرباً من التصفية الجماعية لأموال المدين . على غرار التصفية الجماعية المقررة في الإفلاس ، فلا يجوز تحت ستار الحراسة إدخال نظام لا يصبح دخوله إلا بنصوص صريحة^(١) . ويبدو أن هذه الحجج قد فقدت أهميتها بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار ، ولم تكن منظمة في التقنين المدني القديم . وإذا كان قد حذف من نصوص التقنين المدني الجديد تنظيم التصفية الجماعية لأموال المدين المعسر على غرار التصفية الجماعية لأموال التاجر المفلس ، فإنه لا تزال هناك نتائج هامة ترتب على شهر إعسار المدين . وأهم هذه النتائج أن محل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة (م ٢٥٥ مدني) ، ولا يجوز للدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقارات المدين المعسر (م ٢٥٦ مدني) ، ولا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته (م ٢٥٧ مدني) ، كما لا يسرى في حقوقهم أى وفاء يقوم به المدين (م ٢٥٧ مدني) . ويعاقب المدين بعقوبة التبديد إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وإذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها (م ٢٦٠ مدني) . ويتبين من ذلك أن هناك مصلحة جديدة للدائن في طلب وضع الحراسة على مجموع أموال المدين المعسر . إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد المدين المعسر . وإذا كان القانون يجعل كما رأينا أى وفاء يقوم به المدين المعسر لا يسرى في حق الدائنين ،

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ - طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٨١ - بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المجموعة الرضمية ٣٤ رقم ١٣٧ ص ٢٤١ - استئناف مختلف ١٣ يوليه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ - محمد على رشدي فقرة ٢٢٢ ص ٣١٥ - محمد على راتب فقرة ٣٧٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠ .

وانظر في إمكان وضع الحراسة على مجموع أموال المدين في حالة اتفاق المدين المعسر مع جميع الدائنين وفي حالة اختفاء المدين المعسر ليتجنب مطالبة الدائنين : عبد الحكيم فراج فقرة ٢٢٨ ، فقرة ٢٣٠ .

ويعاقب بعقوبة التبديد المدين المعسر الذى يخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، فإن هذا معناه أن هذه أمور يحتمل وقوعها من المدين المعسر ولذلك حرمها المشرع . فلماذا إذن ، إذا تجمعت لدى الدائن أسباب جدية تجعله يخشى من أن تقع هذه الأمور ، يمنع من اتخاذ إجراء تحفظى وقائى . فيطلب وضع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة ؟ وبذلك يتوقى وقوع هذه الأمور ، وهذا خير من تركها تقع ثم يحاول تلافى نتائجها بعد ذلك ، وهنا يصبح القول بأن الوقاية خير من العلاج . من أجل ذلك نرى أن للدائن أن يطلب وضع مجموع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة إذا أثبت أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء هذه الأموال تحت يد المدين ، بل إنه يجوز في رأينا طلب فرض الحراسة على أموال المدين في أثناء نظر دعوى شهر الإعسار حتى لا يسارع المدين توقعاً لصدور الحكم بشهر إعساره إلى إخفاء أمواله . والذى لا يجوز هو أن تكون مهمة الحارس تصفية أموال المدين وسداد ديونه ، فإن هذه مسألة موضوعية تنفيذية لا شأن للحراسة ، وهى إجراء مؤقت تحفظى بها . وكل ما يكلف به الحارس هو المحافظة على أموال المدين من التبديد والضياع ، ومنعه من أن يؤثر بعض الدائنين على بعض بوفاء ديونهم ، والدائنون بعد ذلك وشأنهم في اتخاذ إجراءات التنفيذ الفردية التى يرون اتخاذها استيفاء لحقوقهم من أموال المدين^(١) .

٤٢٩ — لطالب الحراسة هو **مُحتمل يربد صمبته** : ويصح أن يكون لطالب الحراسة ، لاحقاً قائم يطلب وضع الحراسة لحمايته ، بل محدد حق .

(١) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ وبوجه خاص فقرة ٢٣٨ - فقرة ٢٣٩ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٧ . وقد جاء في حكم المحكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدنى القديم وقبل تنظيم الإعسار ، أن الحراسة في ذاتها ليست مطلوبة لتمكين الدائن من الحصول على حقه من طريق رفع يد المدين عن استغلال أملاكه ، بل هى مطلوبة كإجراء مستعجل للحيلولة دون تبديد المدين للريع الذى أصبح ملحقاً بالعقار المزروع ملكيته وواجباً توزيعه على الدائنين مع ثمن العقار . وإذا كان القانون المدنى المصرى لم ينص على الإفلاس المدنى لحماية حقوق الدائن ، فإن من واجب القاضى ألا يدخر وسعاً في الأمر بكل إجراء لا يخالف أحكام القانون . ويكون الغرض منه تمكين الدائن من تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته والوصول إلى حقه من مدين بمأطل (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨) .

محتمل ، وهذا يكفي لفرض الحراسة متى كان هناك خطر عاجل يهدد هذا الحق المحتمل .

وقد قضى في فرنسا في هذا المعنى بأنه يجوز للمجنى عليه أن يطالب وضع أموال والد المتهم ووالدته - والمتهم قاصر ووالده مسئول عنه مدنياً ثم والدته إذا مات والده - تحت الحراسة وفاء لما قد يستحق له من التعويض^(١) .

وقد ترفع دعوى الحجر ، فيبادر المطلوب الحجر عليه إلى تبديد أمواله ، وهذا يلحق الضرر بورثته بالرغم من أن حقهم في الوراثة حق احتمالي . وقد نصت المادة ١١٤ مدني على أن « ١ - يقع باطلا تصرف المحنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المحنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وتنص المادة ١١٥ مدني على أنه « ١ - إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر ، سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ويخلص من ذلك أنه يخشى من تصرفات المطلوب الحجر عليه في أثناء اتخاذ إجراءات الحجر ، بل قبل اتخاذها إذا شعر أنه مهدد بها ، ومن ثم عالج المشرع هذه التصرفات فجعلها في بعض الأحوال باطلة أو قابلة للإبطال . كذلك يخشى أن يخفى المطلوب الحجر عليه أمواله أو يبددها . فإذا تجمعت لدى الورثة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل يهدد حقهم المحتمل في الوراثة من بقاء المال تحت يد مورثهم قبل صدور قرار بالحجر عليه ، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يطلبوا من قاضي الأمور المستعجلة وضع أمواله تحت الحراسة حتى يثبت في طلب الحجر^(٢) .

(١) نانسي ٢١ أبريل سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٤٩٥ - أوبري ورو وإسمان ٦ - فقرة ٤٠٩ ص ١٩٢ - ص ١٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٦ هامش ٢ - أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٢٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى باريس ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٥٦٥٠ - وانظر في الدفاع عن هذا الحكم ضد ما وجه إليه من انتقادات محمد على رشدي فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٠ .

وقد قضى ، تطبيقاً لنفس المبدأ ، بجواز وضع أموال الغائب تحت الحراسة ، حتى لو لم تنقصر سنة كاملة على غيابه ، لضمان المحافظة على أمواله وحسن إدارتها واستغلالها ، وحفظاً لمصلحة أصحاب الشأن ممن يحتمل أن تؤثر عليهم هذه الأموال بطريق الميراث إذا تحققت وفاة الغائب فعلاً أو حكماً^(١) .

المطلب الثانى

أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة

٤٣٠ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية » :
 ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية .
 ٢ — إذا كان الوقف مديناً .

٣ — إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً ، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته^(٢) .

(١) مصر مستعجل ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٣ ص ٥٠٩ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١ ص ٢٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتجوز الحراسة على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية : ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين الناظر على الوقف أو من أشخاص يدعون حق النظر ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، كل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . ٢ — إذا كان الوقف مديناً ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية بسيطة ، وتحدد أن الحراسة =

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها في عهد هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣١ - ولما مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ، ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

٤٣١ - أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيقاً للقواعد العامة

ولست مذكورة على سبيل الحصر : وقد أفرد للحراسة على الأموال الموقوفة نص خاص ، ليس لأنه يراد حصر الأحوال التي تجوز فيها الحراسة

= تكون في هذه الأحوال حراسة قضائية ، وأصبح رقم النص ٧٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على فرض الحراسة على الوقف إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً ، لأنها تضر باقي المستحقين . فأجيب على هذا الاعتراض بأن الحكم ليس إلا تقنياً لما جرت عليه المحاكم المصرية وطينة ومختلطة بناء على أن الحراسة في هذه الحالة لا يلجأ إليها إلا إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته . وكانت هناك فكرة ترمي إلى قصر تطبيق هذا النص على الحالة التي تكون فيها حصة المستحق المعسر مفرزة بقسمة مهايأة حتى لا يضار باقي المستحقين ، ولكن رأى العدول عن هذه الفكرة ، من جهة لأن العدالة تقتضي التيسير لأصحاب الحقوق في اقتضاء حقوقهم ، ومن الجهة الثانية لأن في أحكام المشروع الخاصة بتنظيم الرقابة على أعمال الحراس ما يكفل منع الضرر عن باقي المستحقين في حالة وضع الوقف كله تحت الحراسة . وانتهى الرأي في اللجنة إلى قصر الفقرة الثانية على الحالة التي يكون فيها الوقف مديناً ، وإلى أفراد الحالة التي يكون فيها أحد المستحقين مديناً معسراً بفقرة ثالثة أضيفت إلى النص وقد تضمنت تفصيلاً لم يكن وارداً في النص المقدم من الحكومة ، فجاء فيها أن الحراسة تقع على حصة المستحق المعسر وحده إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله رعاية لحق الدائن ، وأصبح النص على هذا الوجه مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣١ - ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨١ - ص ٢٨٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ولكن النص تطبيقاً للقواعد العامة في الحراسة

فيمكن العمل به في لبنان .

على هذه الأموال ، بل لأن قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة قبل إلغاء الوقف الأهلي بلغت من الكثرة حداً جعل لها مكاناً ملحوظاً في نظام الحراسة . فروى أن يوضع لها نص خاص يتناول أهم أحوالها ، حتى يستقر القضاء في شأنها . وليس هذا النص إلا تطبيقاً واضحاً للقاعدة العامة المقررة في الحراسة ، والتي تقضى بأنه حيث يقوم خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وهو هنا ناظر الوقف ، جاز وضع هذا المال تحت الحراسة . فالمادة ٧٣١ مدني ليست إذن إلا مجرد تطبيق للفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدني ، وقد رأينا أن هذا النص الأخير يقضى بفرض الحراسة « إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » . ولم تتناول المادة ٧٣١ مدني أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر ، بل ذكرت أهم الأحوال التي تقع في العمل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عدداً لا يحصى ، فاقضى الأمر وضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها ولا يقع في أمرها تردد . وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه من ناظر أولقيام نزاع في شأن نظارته ، وإما لمديونية الوقف ، أو لمديونية أحد المستحقين فيه » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٨٣ - وقد حسم نص المادة ٧٣١ مدني الخلاف الذي كان موجوداً في عهد التقنين المدني القديم في جواز الحراسة على الأموال الموقوفة . فكان رأى يذهب إلى عدم الجواز إطلاقاً ، لأن في تعيين حارس على الوقف معنى عزل الناظر وهو ما يخرج عن اختصاص المحاكم المدنية ، وإذا كان هناك خطر من استمرار الوقف بيد الناظر فإن المحاكم الشرعية تدخل في اختصاصها أن تعين ناظراً مؤقتاً إلى أن يعين الناظر النهائي ، وقد نصت المادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) على أنه « في حالة الحكم بعزل ناظر وقف أو ضم ناظر إليه ، يجب مؤقتاً إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر إلى أن يفصل في الخصومة نهائياً ويتقرر الناظر بالطريق الشرعى » ، وكذلك نصت المادة ٥٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن « لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر في موضوع العزل - بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه - أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل في أمر العزل نهائياً » (انظر في هذا الرأى : استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٧ - ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٨ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٨ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٢ - طنطا الكلية ٢٥ أكتوبر =

= سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٣ ص ١٢٢ - مصر ١٢ سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٥٥ ص ٤٩ - أول أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥٥ ص ٣٥١ - وكان رأى ثان يذهب إلى الجواز في حالات معينة ، ولكن اختلف في تحديد هذه الحالات . فقريق يرى قصر الحراسة القضائية على حالة النزاع في استرداد يد الناظر أو رفعها (استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦١ ص ٢١٧ - طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٠٤١) ، أما النزاع المقصود به محاسبة الناظر أو مطالبته بما يظهر في ذمته فلا يكون سبباً للحراسة ، ولا يكون سبباً لها وجود دين على الوقف أو على المستحقين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ - استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٤٨٨ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣) . وفريق آخر يرى أن الحراسة تجوز لنزاع على إدارة الوقف ، لا لدين على الوقف أو على أحد المستحقين (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص ٥٤٥ - استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٧) - وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد ، إلى أن الحراسة تجوز في جميع الأحوال التى يقوم فيها خطر عاجل ، سواء قام نزاع على إدارة الوقف أو كان هناك دين على الوقف أو أعسر أحد المستحقين (محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٢ في الهامش - وقارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٣ - وانظر في هذه الآراء المختلفة عبد الحكيم فراج فقرة ١٥١ - فقرة ١٦٣ - وقد أقرت محكمة النقض جواز وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، فقضت بأنه لا يوجد في القانون ما يمنع إقامة حارس قضائى على الأعيان الموقوفة ، فإن الحراسة إنما هى من الإجراءات الوقتية التى تقتضيها الضرورة عند قيام الخصومة أمام المحاكم ، وهى لا تمس حقوق المتخاصمين إلا ريثما تنتهى الخصومة وتقرر حقوق المتخاصمين وتصفى تبعاتهم بالحكم الصادر فيها ، على أن الضرر الذى قد ينجم عنها لا يمس أصل الحق لأنه مؤقت ، وتضمنه موفور لمن تحمله (نقض مدنى أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - وانظر في معنى الرأى الثالث . استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٥ - ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٣٣ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٩ - فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥٠ - مصر مستعجل ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤) .

وقد صدرت من للقضاء الوطنى والمختلط ، في عهد التقنين المدنى القديم ، أحكام عديدة في جواز وضع الحراسة على الوقف : استئناف وطنى ٥ مايو سنة ١٨٩٠ الحقوق ١١ ص ٩ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٥ ص ٥٥ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٥١ ص ٢١٠ - مصر مستعجل ٢٣ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٠٤ ص ٩٩٧ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ - مصر استئنافى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص ١٨ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٥٥ ص ٩٠٥ - ٢٥ أكتوبر =

ويظهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أن الحالات المذكورة في المادة ٧٣١ مدنى هي الحالات الغالبة ، فهى إذن ليست مذكورة على سبيل الحصر . ولا يوجد ما يمنع من وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية فى غير الأحوال التى نصت عليها هذه المادة متى تجمعت أسباب معقولة تخشى معها من بقاء الأموال الموقوفة تحت يد ناظر الوقف تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى سالفه الذكر . فيجوز إذن لكل ذى مصلحة أن يطلب وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية ، إذا وقع نزاع فى صحة الوقف ، أو فى نفاذه فى حق الورثة أو فى حق الدائنين ، أو فى دخول أعيان مملوكة ضمن الأعيان الموقوفة ، أو فى أعيان الوقف كلها أو بعضها ، أو فى غير ذلك من الأمور (١) .

= سنة ١٩٣٥ المحامة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحامة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - بنى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٩ ص ١٧٤ - استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٦ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٨ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٤ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٣ .

(١) انظر عكس ذلك وأن المادة ٧٣١ مدنى قد أوردت أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٥٨ - فقرة ١٥٩ - ومع ذلك فقد سلم بأذه يجوز الحراسة على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع فى صحة الوقف بين الورثة الذين حرمهم الواقف وبين المستحقين فى الوقف ، أو بين هؤلاء المستحقين وبعض آخر إذا كان الرجوع إلى قواعد الميراث خيراً لهم ، أو إذا طعن الدائنون فى الوقف بالدعوى البولصية لصدوره إضراراً بحقوقهم ، ويبرر ذلك بأنه فى هذه الحالات « تكون أعيان الوقف عرضة للإهمال وربيعها عرضة للضياع والتبديد ، ويكون الخطر كبيراً إذا طال أمد التقاضى ، لذلك نرى القضاء يجيز الحراسة فى مثل هذه الحالات حتى يقضى نهائياً فى النزاع » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ - ويشير إلى الأحكام الآتية : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٧) . ويسلم أيضاً بجواز وضع الحراسة =

ونبحث الآن الفروض الثلاثة التي نصت عليها المادة ٧٣١ مدني ،
متوخين فيها الإيجاز بعد أن فقدت كثيراً من أهميتها بإلغاء الوقف الأهلي ،

= على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع بين الغير والوقف على ملكية عين من أعيانه ، يدعيها مثل
الوقف ضمن أعيانه ، ويدعيها الغير ملكاً له (انظر في هذا المعنى استئناف مختلط أول مارس
سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) ، ويقول في تبرير ذلك : « لا محل للاعتراض هنا على أن في تعيين
الحارس غلا ليد الناظر في الإدارة ، كما أنه لا محل للقول بورود أحوال الحراسة على الوقف على
سبيل الحصر ، لأن محل ذلك أن يكون الوقف غير متنازع في ملكية أعيانه . أما إذا قام نزاع
على ملكية الوقف ، أمكن تطبيق النص العام للحراسة الذي يقضى بجواز الحراسة إذا قام نزاع
في شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦١ - قارن محمد على
عرفة ص ٥٢٧) .

وانظر في المعنى الذي نقول به من أن أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة لم تذكر على سبيل
الحصر : محمد على رشدي فقرة ٢٤٥ ص ٣٤٣ هامش ٢ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٣
في الهامش .

والخصم في دعوى الحراسة هو ناظر الوقف ، ويجوز لأي من المستحقين التدخل إذا اقتضت
مصلحته ذلك (استئناف مختلط ٢٢ يونيو ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٣٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣
م ٤٦ ص ٩٧ - محمد على رشدي فقرة ٢٤٤) - وانظر في عدم جواز أن يكون طالب الحراسة
هو الناظر وفي عدم جواز تعيينه حارساً : محمد على رشدي فقرة ٢٥١ .

وإذا استبدلت بعض أعيان الوقف انتقلت الحراسة من العقار القديم إلى العقار الجديد بحكم
من القاضي (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٢ - ٥ مايو سنة ١٩٤٢
م ٥٤ ص ١٩١) - وإذا لم يحدد الحكم مهمة الحارس ، كانت سلطته في الإدارة كناظر الوقف .
قله أن يحدث بناء في الوقف إذا كانت فيه مصلحة (نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة
أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وللقاضي أن يرخص للحارس في توزيع الحصص الموحدة
على الخيرات (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٧) ، وفي تسليم كل مستحق
استحقاقه إذا لم يكن فيه نزاع ، وفي تنفيذ الأحكام النهائية بتقرير نفقة مؤقتة للمستحق
(استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٥) ، وفي أخذ مبلغ من الربح يستعين
به على أداء مأموريته (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٢) - والحارس أن
يطعن بالصورية في عقود الإيجار التي صدرت من الناظر أو من حارس سابق ، ويأخذ الحارس الإذن
في التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات من القاضي الذي عينه حارساً لا من القاضي الشرعي (استئناف
مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٩) . وإقامة ناظر جديد لا يستتبع حتماً انتهاء الحراسة ،
فقد يتواطأ الناظر القديم مع المستحقين على إقامة ناظر جديد بقصد إنهاء الحراسة (استئناف مختلط
١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦) ، وقد يكون سبب الحراسة لا يتأثر بإقامة ناظر جديد
كما إذا كان السبب راجعاً إلى عدم نفاذ الوقف في حق الدائنين ، فتجب إعادة النظر كلها تغيير الناظر
للبحث فيما إذا جدت ظروف تقتضي رفع الحراسة أو إشراك الناظر الجديد مع الحارس (استئناف
مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) - انظر في هذه المسائل : محمد على رشدي فقرة
٢٥٢ - فقرة ٢٥٥ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٦٠ - ص ٩٦٢ في الهامش .

فأصبح مجال تطبيقها الآن محدوداً إلى مدى بعيد في نطاق الوقف الخيري ، وكانت قد بلغت من الكثرة في الماضي حداً استدعى إفراد نص لها .

§ ١ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف

٤٣٢ - المحاربات التي ترجع إلى هذا السبب : رأينا أن المادة ٧٣١ مدني تعرض لهذه الحالات على الوجه الآتي : « إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عنه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر . وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . وتنهى الحراسة في هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية » .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً ترجع إلى نظارة الوقف ، ويمكن فيها فرض الحراسة القضائية .

أولاً - إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه : ويشغر الوقف إذا عزل الناظر الذي تولى النظارة أو خرج من الأهلية أو استقال من النظارة أو مات ولم يكن هناك ناظر بعده ، أو قضى بضم ناظر آخر إليه قبل تعيين الناظر المضموم ، أو لم يكن هناك ناظر على الوقف أصلاً منذ البداية . وقد يشغر الوقف ويبقى شاغراً مدة ما ، لقيام نزاع بين أشخاص متعددين كل يدعى حق النظر . ففي جميع الصور المتقدمة يكون الوقف دون ناظر يتولى إدارته ، فتجوز إقامة حارس عليه يديره مؤقتاً^(١) ، حتى يتم تعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت ، وعند ذلك تنتهى مهمة الحارس وعليه أن يسلم أعيان الوقف للناظر الدائم أو المؤقت ليتولى إدارتها^(٢) .

ثانياً - إذا كان على الوقف نظار متعددون ، وقام نزاع بينهم في شأن

(١) ويعطى لكل مستحق نصيبه مادام غير متنازع فيه ، كما يعطى لمن حكم له بنفقة من المستحقين نفقته (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) مصر مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ - ويعود بوجه عام الوقف إلى إدارة الناظر ، إذا زالت الأسباب التي دعت إلى فرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧) .

إدارته أو في تنفيذ شرط من الشروط المدونة بحجة الوقف أو في غير ذلك من الأهور المعهود بها إليهم مجتمعين . فقد يهتدى هذا النزاع إلى شل حركة الإدارة وينجم عن ذلك قيام خطر عاجل ، ومن ثم يقتضى الأمر إقامة حارس يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل في هذا النزاع^(١) . وقد ينزع الناظر القائم شخص آخر يدعى حق النظر ، ويخشى مدعى حق النظر من بقاء أعيان الوقف تحت يد الناظر القائم خطراً عاجلاً ، فيطلب تعيين حارس يتولى إدارة هذه الأعيان مؤقتاً ، حتى يفصل نهائياً فيمن له حق النظر^(٢) .

ثالثاً - إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر : ويمكن في هذه الحالة تعيين ناظر مؤقت يقوم بإدارة الوقف حتى يفصل في دعوى العزل نهائياً^(٣) ، إما برفضها فيعود الناظر إلى إدارة الوقف وتنتهى مهمة الناظر المؤقت ، وإما بقبولها ويعزل الناظر فيبقى الناظر المؤقت بعد شغل الوقف إلى أن يعين ناظر دائم بدلاً من الناظر المعزول . ولكن قد تستغرق مع ذلك إجراءات تعيين الناظر المؤقت مدة طويلة يبقى في أثنائها الوقف في يد الناظر المطلوب عزله ، وقد يخشى خطر عاجل من بقاء الوقف في يده ، فيطلب ذو المصلحة إقامة حارس على الوقف يتولى إدارته مؤقتاً حتى يعين ناظر مؤقت أو ناظر دائم^(٤) . على أنه إذا ثبت أن بقاء الوقف تحت يد الناظر المطلوب عزله لا ينجم عنه خطر عاجل^(٥) ، أو إذا ثبت أن دعوى العزل ليست جديدة

(١) مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٨٣٢ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٣ .

(٣) انظر م ٤٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ٥٣ من قانون أحكام الوقف .

(٤) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٢ - ومن أمثلة سوء الإدارة ،

الذى يستوجب عزل الناظر مع إقامة حارس في أثناء إجراءات العزل ، ترك الناظر مبانى الوقف تتداعى دون أن يصلحها مع وجود غلة في يده تمكنه من ذلك ، أو تأخره في الوفاء بالأموال الأميرية أو بالديون المستحقة ، أو إهماله زراعة الأرض مع عدم تأجيرها ، أو إيجاره أعيان الوقف لأشخاص غير مأمونين واقتسامه الأجرة معهم ، أو إهماله المطالبة بحقوق الوقف ، أو تلاعب في الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ - ١٢ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣٠ ص ٣٤٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٧ في الهامش) .

(٥) فلا يكفي لإقامة حارس أن يكون الناظر قد سبق عزله من وقف آخر لمخالفته لشروط

الوقف ، إذا لم يكن هناك تعارض بين هذه المخالفة وبين الإدارة الحسنة ، كما إذا بنيت المخالفة =

وقد رفعت خدمة لقضية الحراسة ، فإن طلب إقامة حارس على الوقف . لا يكون له محل ويتعين رفضه^(١) . وعلى العكس من ذلك قد يخشى من بقاء الوقف تحت يد الناظر حتى قبل رفع الدعوى بعزله ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء المستعجل لتعيين حارس على الوقف يتولى إدارته مؤقتاً حتى ترفع دعوى العزل ويفصل فيها على النحو الذي تقدم بيانه^(٢) .

٤٣٣ — إثبات أنه الحراسة أجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد

يكونه لذوى الشأن من الحقوق : وفي جميع الصور التي قدمناها يجب على طالب الحراسة أن يثبت أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء الوقف شاغراً ، أو من بقاءه تحت يد الناظر القائم ، أو من قيام النزاع بين نظاره المتعديين ، وهذا هو الشرط الواجب توافره في جميع دعاوى الحراسة على ما سبق بيانه . وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط كما رأينا فقال : « وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق »^(٣) . فإذا تبين أن الحراسة إجراء غير ضروري ، كما إذا كان الوقف شاغراً ولكن أعيانه أراض زراعية مؤجرة لمدة طويلة وتعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت أمر وشيك ، أو كان الناظر القائم يؤمن على الأعيان الموقوفة إلى

= على تأجير أعيان الوقف لأجنبي مما يتعارض مع شروط الواقف (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١) .

(١) محمد على رشدي فقرة ٢٤٥ ص ٣٤٤ هامش ٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز تعيين حارس إلا إذا كانت دعوى العزل قد رفعت ، بناء على أن الأحوال المنصوص عليها في المادة ٧٣١ مدني مذكورة على سبيل الحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٤ .

وانظر في الحراسة للنزاع على الاستحقاق ، ولاختلاف النظار على الإدارة ، والنزاع على ملكية أعيان الوقف : محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٨ - ص ٩٦٠ في الهامش .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « في الحالة الأولى يتقدم كل ذي شأن في الوقف أو في نظارته يطلب وضع الوقف تحت الحراسة إلى أن يتم تعيين ناظر له ، أو يفصل في الخلاف بين النظار أو مدعى النظر على الوقف ، أو يستبدل بالناظر المطلوب عزله فيه غيره . ويشترط في طلب الحراسة أن يكون الإجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون للطالب من حقوق » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣) .

أن يفصل في أمر النزاع في شأن نظارته ، فلا محل لتعيين حارس^(١) . ويبقى الوقف شاعراً إلى أن يعين له ناظر دائم أو ناظر مؤقت ، أو يبقى ناظر الوقف قائماً إلى أن يبت في أمره ببقائه أو بتعيين ناظر مؤقت أو ناظر دائم مكانه .

٤٣٤ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد

إلغاء الوقف الأهلي : بعد صدور التقنين المدني الجديد ، صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ يقضى بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات . فنصت المادة الأولى منه على أنه « لا يجوز الوقف على غير الخيرات » . ونصت المادة الثانية على أن « يعتبر منتهياً كل وقف لا يكون تصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر . فإذا كان الواقف قد شرط في وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقي الربح إلى غير جهات البر ، اعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات . ويتبع في تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هي القيمة التجارية حسبما هي مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي » . ونصت المادة الثالثة على أن « يصبح ما ينتهي فيه الوقف على الوجه المبين في المادة السابقة ملكاً للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه . فإن لم يكن ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته في الاستحقاق . وإن كان

(١) وقد قضى بأنه إذا كانت إدارة الناظر نافعة فلا محل للحراسة ، حتى لو نازع المستحقون فيها ، فلا يجوز وضع أعيان وقف تحت الحراسة لمجرد كون الناظر أنفق مبالغ على إصلاح أعيانه ، حتى لو نازع المستحقون في ذلك وطلبوا عزله من المحكمة المختصة (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٤٥) . وقضى بوجوب توافر الظروف الملجئة ، لانتزاع الإدارة من يد المتولى على الوقف وتركيزها في يد خلافه (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠) . وللقاضي بحث مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما ، والاطلاع على عقود الإيجار وكشوف الحسابات ومستندات المصروفات وتقرير الخبراء وأوراق الدعاوى التي رفعها الناظر للمطالبة بحقوق الوقف وأوراق التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة فيها ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة تقضى بالحفظ على أعيان الوقف بإقامة حارس عليها (محمد علي راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٨ في الهامش) .

الوقف مرتب الطبقات ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين والذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقته كل بقدر حصته أو حصة أصله في الاستحقاق . ويتبع في تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها في المواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر . ونصت المادة الخامسة^(١) على أن « تسرى القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة على أموال البذل المودعة خزائن المحاكم ، وعلى ما يكون محتجزاً من صافي ريع الوقف لأغراض العبارة أو الإصلاح - وتسلم هذه الأموال وكذا الأعيان التي كانت موقوفة إلى مستحقها بناء على طلب أى منهم ، وتكون صفته المستحقة السابقة ونصيبه في الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم - وإذا كان في العين حصة موقوفة للخيرات ، اشترك ناظر الوقف مع باقى الملاك في تسليم العين - وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس ، وتسرى في جميع الأحوال أحكام الشيوخ الواردة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة » .

بقى الوقف على الخيرات . فهذا لم يلغ ، ولكن القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ اشترط أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه ، فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو الهيئة . ولوزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة عن النظر ، وبعزل أيهما يعود النظر للوزارة . وتقضى المادة الأولى من نفس القانون (رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤) بأنه إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع ، أو كان على جهة بر خاصة كدار ضيافة أو لفقراء الأسرة ، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى أحد أفراد أسرة الواقف ، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد .

ويتبين من هذه النصوص أن الوقف الأهلى لم يعد جائزاً ، وأن الأوقاف الأهلية السابقة قد اعتبرت جميعها منتهية . وقد أصبحت الأوقاف الأهلية أموالاً مملوكة ملكاً حراً للواقف أو للمستحقين على الوجه الذى بينته النصوص

(١) وقد أضيفت فقراتها الثلاث الأخيرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ .

سالفه الذكر . فلم يعد إذن ، بالنسبة إلى الأوقاف الأهلية وهي تمثل الخزء الأكبر من الأعيان الموقوفة ، نظار وقف . ومن ثم لا يتصور الآن قيام نزاع على نظارة الوقف ، فليس ثمة وقف أهلى شاغر أو نزاع بين نظار متعددين أو نزاع بين من يدعون حق النظر أو ناظر وقف يطلب عزله : فزالت جميع هذه الأسباب التى كانت تستدعى فى بعض الظروف ، قبل إلغاء الوقف الأهلى ، تعيين حارس على الأعيان الموقوفة على النحو الذى سبق بيانه . ولكن تخلف عن إلغاء الأوقاف الأهلية موقف دام بعض الوقت ، فقد رأينا المادة ٥ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلى تنص ، فى شأن الأعيان التى كانت موقوفة وقفاً أهلياً ثم أصبحت مملوكة . ووجب تسليمها لأصحابها ، على ما يأتى : « . . إلى أن يتم تسليم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس ، وتسرى فى جميع الأحوال أحكام الشيوخ الواردة فى المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى . . » . فناظر الوقف السابق قد انقلب بحكم هذا النص حارساً على الأعيان التى كانت موقوفة ، يحفظها ويديرها مؤقتاً إلى أن يتم تسليمها لأصحابها^(١) . وهذا الحارس القانونى يخضع لأحكام الحراسة القضائية . ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير أمين أو أساء الإدارة قبل أن تتم إجراءات تسليم الأعيان إلى أصحابها ، جاز طلب عزله واستبدال حارس قضائى به يدير الأعيان إلى أن يتم التسليم^(٢) . ولما كانت هذه الأعيان بعد أن انحل الوقف الأهلى قد أصبحت مملوكة على الشيوخ لأصحابها ، فإن أحكام الشيوخ (م ٨٢٥ — ٨٥٠ مدنى) تسرى عليها ، ومن بين هذه الأحكام ما تقضى به المادة ٢/٨٢٨ .

(١) ولا يجوز أن يعمل ، من وقت أن انقلب حارساً ، إلا بهذه الصفة بعد أن زالت عنه صفة ناظر الوقف . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعة لم تخاصم فى الدعوى بصفتها الشخصية ، كما أن صفتها كناظرة وقف قد زالت بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى أضى عليها صفة الحراسة على الوقف ، وكان الحكم قد صدر عليها بهذه الصفة الأخيرة ، فإنه لا يقبل منها الطعن بصفتها الشخصية أو بصفتها ناظرة وقف ، ويكون الطعن مقبولا منها بصفتها حارساً على الوقف . (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥ — ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣) .

(٢) محمد عبد الطيف فقرة ٢٩٣ .

مدنى من أن لأغلبية الشركاء فى الشيوع أن تختار مديراً للإدارة . ولكن ذلك لا يكون ، فيما نرى ، إلا بعد أن يتسلم الشركاء الأعيان من الحارس وهو ناظر الوقف السابق^(١) . على أنه إذا حدث قبل تسليم الأعيان ما يستدعى استبدال حارس آخر بالحارس القانونى على الوجه الذى بيناه ، فإن القاضى يستأنس برأى الشركاء فى تعيين الحارس الجديد ، وبخاصة إذا رشحت الأغلبية شخصاً معيناً ليكون حارساً ولم يوجه إليه مطعن جدى من سائر الشركاء .

أما الوقف الحبرى فهو باق كما قدمنا ، ولكن نظارته تكون فى الأصل لوزارة الأوقاف أو للواقف ، إذ اشترط ذلك لنفسه . ويجوز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظارة للجمعية أو الهيئة التى هى جهة البر ، أو إلى أحد أفراد أسرة الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو كان على جهة بر خاصة . فيتصور إذن أن تقوم الحراسة القضائية على الوقف الحبرى فى الصور الآتية :

(١) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الجمعية أو الهيئة التى كانت قد نزلت لها عن النظر ، وكانت الظروف تقتضى إقامة حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل . (٢) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الناظر الذى كانت قد نزلت له عن النظر من بين أفراد أسرة الواقف ، واستدعت الظروف إقامة حارس قضائى حتى يبت فى طلب العزل . (٣) إذا ثبت على وزارة الأوقاف نفسها ما يستوجب عزلها عن نظارة الوقف الحبرى ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل إذا استدعت الظروف ذلك^(٢) . (٤) إذا كان الوقف الحبرى حصة شائعة فى عقار^(٣) فأصبحت وزارة الأوقاف ناظرة عليه ، وقام خلاف

(١) قارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٣ .

(٢) وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من مشروع قانون الوقف تنص على ما يأتى : « وإذا كان النظر على الوقف لوزارة الأوقاف أو للأوقاف الملكية ، فلا يجوز تعيين حارس على هذا الوقف » . وقد حذف هذا النص فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وصدر القانون خلواً منه ، فجاز إذن قيام الحراسة القضائية حتى لو كان النظر لوزارة الأوقاف (محمد على رشدى ص ٣٤١ هامش ١) .

(٣) وقد رأينا أن هذا يتحقق إذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الربح إلى غير جهات البر ، فيعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات (٢م من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنشاء نظام الوقف الأهلى) .

بينها وبين الشركاء في الشيوع على الإدارة ، فقد تقتضى الظروف إقامة حارس على العقار جميعه للمحافظة على حقوق الوقف الخيري^(١) .

§ ٢ - وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف

٤٣٥ - متى توضع الحراسة بسبب مديونية الوقف : قد يستدين

ناظر الوقف للصرف على تعمير الوقف وإصلاحه وإدارته ، فيصبح الوقف مديناً . ولما كان لا يجوز للدائن أن ينفذ على أعيان الوقف ، فلا يبقى أمامه إلا أن ينفذ على غلته ، فيحجز على المحصولات أو تحت أيدي المستأجرين . فإذا كان ناظر الوقف بتصرفاته قد أضعف إضعافاً شديداً الوسائل التي يستطيع بها الدائن اقتضاء حقه ، فقام خطر عاجل يبرر فرض الحراسة على أعيان الوقف ، جاز للدائن أن يطلب إقامة حارس على الوقف . وقد صرحت بذلك المادة ٧٣١ مدني فيما رأينا ، إذ أجازت الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف مديناً » .

ويمكن إذن تصور فرض الحراسة على الوقف المدين في الحالتين الآتيتين^(٢) :

أولاً - إذا تعمد الناظر أن يضيع على الدائن حقه ، كما إذا بدد المحصول ، أو تواطأ مع مستأجري أعيان الوقف المحجوز تحت أيديهم على الأجرة فدفعهم إلى التقرير كذباً بعدم المديونية أو أعطاهم مخالصة بالأجرة وجعل تاريخها سابقاً على الحجز ، فلم يتمكن الدائن بسبب ذلك من الحصول على حقه .

ثانياً - إذا أساء الناظر الإدارة ، فأهمل مثلاً في زراعة أرض الوقف فلم ينف المحصول بالدين ، أو تأخر في دفع الأموال الأميرية فحجزت الإدارة على المحصول ولم يبق للدائن ما يستوفي به حقه^(٣) .

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٥ .

(٢) انظر محمد علي راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ في الهامش .

(٣) وقد يكون الدين على الواقف نفسه ، فيقف المدين ماله لإضراراً بدائنه ، ويجوز عندئذ للدائن الطعن في الوقف بالدعوى البولصية ، وفي أثناء إجراءات الدعوى التي قد تطول يجوز له طلب وضع الوقف تحت الحراسة إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء العين تحت يد الناظر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٣١ - وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٨١ ص ٩٥٣ - ص ٩٥٤ في الهامش) .

٤٣٦ — يَستَطرُ أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع

مقوق الدائنين : وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣١ مدنى يدمج فرض مديونية الوقف مع فرض مديونية المستحق فى عبارة واحدة ، فيجيز الحراسة على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف المدين ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة فى الحالين هي الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . فكان شرط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين منصفاً على حاجتى مديونية الوقف ومديونية المستحق . ولما انفصلت الحالتان إحداهما عن الأخرى فى فقرتين مستقلتين ، فى لجنة مجلس الشيوخ ، أغفل سهواً استبقاء الشرط فى حالة مديونية الوقف ، وبقي الشرط مذكوراً فى حالة مديونية المستحق وانصرفت عبارة « فى الحالين » إلى حالة وضع الحراسة على حصة المدين المعسر مفرزة ووضعها على الوقف كله^(١) .

والصحيح أن الشرط واجب فى حالة مديونية الوقف وجوبه فى حالة مديونية المستحق ، وإذا فات ذكره صراحة فى حالة مديونية الوقف فهو يستخلص من القواعد العامة المقررة فى دعاوى الحراسة . فيجب أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لحصول دائن الوقف على حقه . فإذا فاته الحجز تحت أيدي المستأجرين ولكن أمكن أن يستوفى حقه من الحجز على المحصولات ، أو بدد الناظر المحصولات ولكن أمكن الدائن أن يحجز تحت أيدي المستأجرين فيستوفى حقه ، فلا محل عند ذلك لفرض الحراسة على أعيان الوقف^(٢) .

٤٣٧ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد

إلغاء الوقف الأهلى : قدمنا أن الوقف الأهلى قد ألغى ، ولكن الوقف الخيرى بقي قائماً .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣٠ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٧٥٩ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ فى الهامش .

ففى الوقف الخيرى يبقى إذن حق دائن الوقف فى طلب الحراسة على الأعيان الموقوفة على ما هو عليه ، ويبقى ما قررناه فى هذا الشأن صحيحاً منطبقاً على الوقف الخيرى .

أما الوقف الأهلى فقد أصبح ملكاً حراً كما سبق القول . ولكن لما كان دائن الوقف لم يتعلق حقه إلا بغلة الوقف دون أعيانه ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف مادة جديدة إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلى هى المادة ٥ مكررة ، وقد جاء فى إحدى فقراتها ما يأتى : « ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان ، كما يكون لهم إذا شهبوا حقوقهم خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت » . فىكون إذن لدائن الوقف ، بعد أن انحل الوقف الأهلى ، أن ينفذ ، لا على الأعيان التى أصبحت حرة ، بل على ريع هذه الأعيان كما كان الأمر عند قيام الوقف الأهلى ، وبذلك يبقى دائن الوقف على حاله دون أن يسوء مركزه أو يتحسن . وله ، فى تنفيذه على الريع ، حق التقدم على دائنى الشخص الذى آلت إليه ملكية العين الموقوفة ، فإنه يجب اعتبار أن هذه الملكية قد آلت إليه مثقلة بالدين . وله أيضاً حق التتبع إذا انتقلت ملكية العين إلى أجنبى ، فقد انتقلت الملكية مثقلة بالدين ، ومن ثم ينفذ على الريع تحت يد من انتقلت إليه الملكية بشرط أن يشهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث . وبهذا ينقلب الحق الشخصى لدائن الوقف إلى حق عينى ، يقع على ريع العين دون ملكيتها . ولما كان حق الدائن مقصوراً على الريع ، فمن الجائز أن يعتمد المالك تفويت الدائن حقه ، أو يسىء الإدارة ، فىجوز عندئذ للدائن أن يطلب فرض الحراسة القضائية على العين ، التى أصبحت ملكاً ، فى نفس الحالتين اللتين كان يجوز له أن يطلب فىهما فرض الحراسة القضائية عندما كانت العين وقفاً .

§ ٣ - وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق

٤٣٨ - متى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق : وقد يكون المدين ليس هو الوقف ذاته ، بل أحد المستحقين في الوقف . والأصل أن دائن هذا المستحق يستطيع أن ينفذ على أموال مدينه الشخصية ، ويدخل فيها استحقاقه في الوقف . فيجوز للدائن إذن أن يحجز تحت يد ناظر الوقف على استحقاق مدينه لاستيفاء حقه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فى الحالة الثانية ، فالسبيل الطبيعى لحصول الدائنين على حقوقهم إنما هو توقيع الحجز تحت يد ناظر الوقف . لكن إذا كان الناظر سيئ الإدارة أو سيئ الذمة ، كانت للدائنين مصلحة فى أن يستبدلوا به غيره فى إدارة الوقف حتى يفيض من الغلة ما يفي بديونهم فى أقرب وقت . وكذلك إذا كان الناظر سيئ النية ، ينحى عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف أو نصيب المستحق المدين ، فإن مصلحة الدائنين تقتضيهم أن يطلبوا وضع الوقف تحت يد حارس أمين يقوم بوفاء ديونهم من صافى غلة الوقف » (١) . ولذلك أجازت المادة ٧٣١ مدنى الحراسة القضائية على الأموال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣ .

فقد يستدين مستحق فى الوقف ، سواء كان الناظر نفسه أو غيره من المستحقين فيحجز الدائن تحت يد الناظر على استحقاق المدين ، فيتواطأ الناظر مع المستحق المدين ويقرر غشاً بعدم وجود استحقاق تحت يده أولاً يودع شيئاً ويستمر فى وفاء الاستحقاق إلى المستحق ، أو يكون الحجز عديم الفائدة لأن الناظر الذى وقع الحجز تحت يده هو نفس المستحق المدين . ولا يستطيع الدائن من جهة أخرى توقيع الحجز التنفيذى على زراعة الوقف لأنها غير مملوكة للمستحق المدين ، ولا توقيع الحجز تحت يد مستأجرى الوقف لأن هؤلاء مدينون للوقف لا للمستحق المدين (انظر فى كل ذلك وفى أحكام القضاء فى هذا الشأن محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ - ص ٩٥٥ فى الهامش) - وقد قضت محكمة النقض بأن تعيين حارس قضائى على أعيان وقف هو الوسيلة الوحيدة لتنفيذ حكم بدين على ناظر الوقف الذى لا مال ظاهراً له سوى حصته التى يستحقها فى ريع هذا الوقف ، لأن الحجز تحت يد الناظر نفسه غير مفيد ، والحجز التنفيذى المباشر على غلة الوقف غير جائز لا هو ولا الحجز تحت يد مستأجرى أعيانه . ومادامت هذه الوسيلة متعلقة بالتنفيذ وهى وسيلة مستعجلة ، فهى بمقتضى نص المادة ٢٨ مرافعات (قديم) مما يدخل فى اختصاص قاضى المواد المستعجلة ، ولا يسلبه الاختصاص الادعاء لديه بأن الاستحقاق فى الوقف قد آل إلى شخص غير المدين متى كانت هذه الأيلولة متنازعة فى صحتها (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨) .

الموقوفة « إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً » (١) والمقصود بالمدين المعسر هنا ألا يكون للمستحق ، غير استحقاقه في الوقف ، مال يفي بالدين . فإذا كان له مال غير استحقاقه في الوقف يكفي لوفاء الدين ، لم يكن هناك مقتضى لفرض الحراسة على الوقف . أما إذا لم يكن له مال غير استحقاقه في الوقف ، أو كان له مال ولكنه لا يكفي لوفاء الدين ، فإن الحراسة على الوقف تكون جائزة حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملاً ، حتى لو لم يكن المدين معسراً إذا أدخلنا في الاعتبار استحقاقه في الوقف بأن كان ماله - داخلاً فيه استحقاقه في الوقف - يكفي لوفاء ديونه . فالإعسار هنا له معنى خاص ، هو أن يكون مال المستحق الخارج عن استحقاقه في الوقف لا يكفي لوفاء دينه (٢) .

(١) وقد حسم هذا النص الخلاف الذي كان قائماً في عهد التقنين المدني القديم . فكانت بعض الأحكام ترفض وضع الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين فيه (استئناف مصر ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٦ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٧٢٠) . وبعضها يشترط أن يكون المستحق المدين هو ناظر الوقف نفسه ، ويجب في هذه الحالة أن يبدأ الدائن بالحجز تحت يد الناظر المدين ، فإن لم يجد ذلك لجأ إلى الحراسة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٦) ، وليس من الضروري أن تبقى الحراسة حتى يستوفي الدائن كل حقه (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) . ولكن الرأي الغالب كان يجيز الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين ، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض وكثير من أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ . أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٨٦ - استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٥ - ٢٥ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٠ - ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧) . وهذا الرأي الغالب هو الذي أخذ به التقنين المدني الجديد وقننه في نصوده (انظر محمد علي رشدي فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٠) .

(٢) محمد علي رشدي فقرة ٢٤٩ - وانظر عكس ذلك وأن المدين المعسر هو المدين الذي حكم بشهر إعساره : عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٨ .

هذا وقد ينص كتاب الوقف على حرمان المستحق من استحقاقه إذا استدان ، وهذا الشرط صحيح ، وإذا استدان المستحق حرم من استحقاقه ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب وضع الحراسة على الوقف ، حتى لو اتفق المستحقون على عدم التمسك بهذا الحرمان (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٦ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٧ - مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ - وانظر عكس =

٤٣٩ - يَستَطرُ أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق

الدائنين :^(١) وتقول اسادة ٧٣١ مدني في صدد وضع الحراسة على الأموال الموقوفة إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً : « وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة في الحالين هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد جرت الأحكام في هذه الحالة على أن يكونوا (الدائنون) قد سلكوا السبيل الطبيعي مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم ، فلم يجد ذلك السبيل فتىلاً ، حتى تبدو الحراسة للمحكمة أنها الوسيلة الوحيدة لحصول الدائنين على حقوقهم ، فتحكم بها »^(٢) .

فيجب إذن أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين . فلو كان للمستحق المدين مال غير استحقاقه في الوقف يكنى لوفاء الدين ، لم يجز وضع الوقف تحت الحراسة ، حتى لو كان الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ولو استطاع الدائن الحجز تحت يد الناظر على استحقاق مدينه ، وكان ماحجر عليه كافياً لوفاء الدين ، لما جاز هنا أيضاً العدول عن هذا الطريق الطبيعي لاقتضاء الدائن حقه إلى طريق استثنائي هو فرض الحراسة على الوقف ، وهو طريق لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة القصوى^(٣) .

= ذلك وأنه يجوز للمستحقين أن يتفقوا على عدم التمسك بالحرمان إسكندرية ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ (الحاماة ١٨ ص ١٠٨٧) . ولكن يجوز للدائن أن ينازع في مدلول شرط الحرمان ، وله أن يثبت أن الناظر والمتشقق قد تواطأ على استصدار حكم بالحرمان بغير حق إضراراً به (محمد على رشدي فقرة ٢٥٠) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤ .

(٢) نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ - استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ - ولا يوجد ما يمنع من تعيين ناظر الوقف نفسه حارساً على نصيب المستحق المدين ، إذا ثبت أنه يودع هذا النصيب كاملاً خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٥) ، إذ أن الواجب إيداعه خزانة المحكمة هو نصيب المستحق المدين وحده (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٢) .

ومتى قامت الضرورة لفرض الحراسة على الوقف على النحو المتقدم الذكر ، فإن الواجب أولاً أن تفرز حصة المستحق المدين إذا أمكن ذلك ، ولو كان هذا عن طريق قسمة مؤقتة ، وفي هذه الحالة تفرض الحراسة على هذه الحصة وحدها^(١) . فإذا لم يمكن فرر حصة المستحق ، ولو عن طريق القسمة المؤقتة ، لم يكن هناك مناص من وضع الوقف كله تحت الحراسة ، ويتولى الحارس إدارته بدلاً من الناظر سيئ النبة أو سيئ الإدارة ، وينبغي للمستحقين في الوقف استحقاقهم ، ويعطى استحقاق المستحق المدين لدائنه بمقدار ما ينفي بالدين . ويتحمل المستحق المدين وحده ، دون سافر المستحقين ، مبصروفات الحراسة^(٢) .

٤٤٠ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد

إلغاء الوقف الأهلي : في الوقف الخيري الذي بقي قائماً لاحتل لوضع الحراسة ، لأن هذا الوقف ليس فيه مستحقون ، بل هو مرصود لجهة بر وهذه لاتستدين ، والذي يستدين هو الوقف نفسه .

أما الوقف الأهلي فكان مقتضى إلغائه أن المستحق المدين ، بعد أن أصبح مالكاً لحصته في الوقف ، يكون معرضاً لتنفيذ دائته عليها لا في الربيع فحسب بل في الملكية ذاتها . ولم يكن للدائن هذا الحق عندما كانت العين موقوفة . وبذلك انقلب حل الوقف وبالأعلى المستحق ، بعد أن كان المقصود به رعايته . وقد استدعى ذلك صدور المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بحل الوقف الأهلي مادة جديدة هي المادة ٥ مكررة ، جاء في فقراتها المتعلقة فيما نحن بصدد ما يأتي : « لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون . وكذلك تظل أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ،

(١) حتى لو لم يؤخذ رأي الدائن في القسمة مادام لم يثبت أن ريع الحصة المفترزة أقل من حصة المستحق المدين في غلة الوقف (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٢ - ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢

الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية إلا في حدود معينة، سارية على ريع الأعيان التي ينتهي فيها الوقف ، وذلك بالنسبة إلى الأشخاص الذين توول إليهم ملكية هذه الأعيان طبقاً للمواد السابقة ، متى كانت الديون المحجوزة من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون - فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه في الوقف ضماناً لدينه ، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه في ريع تلك الأعيان وبنفس المرتبة التي كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان ، وذلك استيفاء لدينه في الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ سالف الذكر ، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ ما يأتى : « لوحظ أن المستحقين في الأوقاف كانوا يتمتعون من قبل صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحماية القانون ، سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظوراً على الدائنين اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها ، أو بالنسبة إلى غلة الوقف إذ قد نص القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا في حدود معينة . وقد ترتب على زوال صفة وقف حرمان المستحق من حماية القانون في هاتين الناحيتين . ولما كان هذا الأمر يقتضى سرعة تدخل الشرع لحمايتهم ، وإلا انقلب التشريع أداة لإضرار بهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتحويلهم حقوقاً لم تكن لهم من قبل ، فقد روى لذلك إضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية . فنص على أنه لا يجوز التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين يوول إليهم ملكية أعيانه ، كما نص على استمرار أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص ، وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . والمقصود بكلمة الريع الواردة بالمشروع هو ثمرة العين ، سواء كانت أجرة أو غلة أو غير ذلك . وقد نص المشروع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينهم في الأوقاف ضماناً لديونهم ، فأبقيت لهم هذه الضمانات . فنص المشروع على أنه إذا كان الدائن

قد حول إليه استحقاق مدينه في الوقف ضمانا لدينه ، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه في ريع تلك الأعيان بنفس المرتبة التي كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان ، وذلك استيفاء لدينه في الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة » .

ويخلص مما تقدم أنه في ديون المستحق يجب التمييز بين الديون اللاحقة على تاريخ العمل بقانون حل الوقف الأهلي ، والديون السابقة على هذا القانون : فأصحاب الديون اللاحقة يستطيعون التنفيذ على الأعيان التي كانت موقوفة وأصبحت ملكاً لمدينهم دون قيد ، ومن ثم لا يحتاجون في الغالب إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، وإذا احتاجوا إلى ذلك في الحدود التي يستطيع فيها أى دائن وضع أموال مدينه تحت الحراسة وقد تقدم بيان ذلك (١) ، أما أصحاب الديون السابقة ، فقد رأينا من النصوص سالفة الذكر أنهم لا يستطيعون التنفيذ على الأعيان ، ويقتصر حقهم على التنفيذ على ريعها في الحدود التي كان يجوز فيها الحجز على الريع أو النزول عنه . ومن ثم تقوم الحاجة إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، إذا عمد المدين إلى تبديد ريعها أو أساء إدارتها بحيث يعرض حق الدائن لخطر عاجل . فيكون للدائن في هذه الحالة وضع الأعيان تحت الحراسة ، ويقوم الحارس بإدارتها وسداد الدين من ريعها ، متى كانت هذه هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائن بسبب سوء الإدارة أو سوء النية (٢) .

المبحث الثاني

دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائي

§ ١ - الاختصاص في دعوى الحراسة القضائية

٤٤١ - **الولاية في دعوى الحراسة القضائية :** كانت الولاية (judiction)

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٢ ويشير إلى حكم صدر من مصر مستعجل

١١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٦٩٧٧ سنة ١٩٥٣ .

في دعوى الحراسة القضائية^(١) تتنازعها جهات قضائية أربع :
القضاء الوطني والقضاء المختلط والقضاء الشرعي والقضاء الإداري . وقد
ألغى القضاء المختلط^(٢) ، وأدجت ولاية القضاء الشرعي في ولاية القضاء
الوطني^(٣) ، فأصبحت الولاية الآن تتنازعها جهتان قضائيتان : القضاء العام
والقضاء الإداري .

والقضاء العام هو الذي له الولاية في الأصل في دعوى الحراسة . ولكن
هذا القضاء لا ولاية له في إلغاء أمر إداري أو في وقفه أو في تأويله^(٤) . فإذا
صدر أمر إداري من جهة إدارية مختصة ، لم يكن للقضاء العام ولاية في وقف
تنفيذ هذا الأمر ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية ، إذ من شأن الحراسة
أن توقف تنفيذ الأمر . والقضاء الإداري وحده هو الذي له الولاية في وقف
تنفيذ الأمر الإداري وفي إلغائه . ويخلص من ذلك أن القضاء العام لا يجوز له
فرض الحراسة القضائية وتعيين حارس قضائي ، إذا كان ذلك من شأنه أن
يعطل تنفيذ أمر إداري . فإذا أعطت الإدارة أحد الأفراد ترخيصاً بالحفر
والتنقيب عن الآثار فاكشف مقبرة أثرية ، ثم أصدرت الإدارة أمراً
بإلغاء الترخيص لمخالفة الشروط المدونة فيه ، فإن القضاء العام لا ولاية له
في تعيين حارس على المقبرة إذا وقع نزاع بين الإدارة والمرخص له في الحفر

(١) ويسبق ذلك الاختصاص الدولي في دعوى الحراسة ، وهو من مباحث القانون الدولي
الخاص . انظر في هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٤١ - محمد علي راتب
فقرة ٣١٣ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة [بأن الحراسة التي تقضي بها المحاكم المصرية على
تركة لا تمتد إلى المقارنات الموجودة بالخارج (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣
ص ١١٣) .

(٢) انظر في ولاية القضاء المختلط في دعاوى الحراسة عندما كان هذا القضاء قائماً :
عبد الحكيم فراج الطبعة الأولى فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر في ولاية القضاء الشرعي (هيئة التصرفات) في إقامة ناظر مؤقت على الوقف
عندما كان هذا القضاء قائماً : عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٣ - فقرة ٣١٥ - محمد علي عرفة
ص ٥٣٩ - ص ٥٤٢ .

(٤) كذلك لا ولاية له في العقود الإدارية ، فلا يجوز أن يقيم حارساً قضائياً في صدد نزاع
يتعلق بمقه إداري (محمد علي راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٢ - ص ٨١٤ - محمد عبد اللطيف
فقرة ٢٨ .

انتهى إلى أن استولت الإدارة على الحفائر لإتمام عملية الحفر بنفسها ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة (١) .

ويتفرع على ذلك أن المرافق العامة التي تديرها الدولة إدارة مباشرة (Régie) ، كالسكك الحديدية والبريد والتلغراف والتليفون ، لا تجوز إقامة حارس قضائي عليها ، لأن ذلك من شأنه تعطيل تنفيذ الأوامر الإدارية التي تدار بها هذه المرافق (٢) .

أما إذا كان المرفق العام يدار بطريق الالتزام (concession) ، كما إذا أديرت مرافق النور والغاز والمياه والنقل عن طريق شركات خاصة ، فإن العلاقة بين الملتزم وعميل المرفق العام تكون علاقة مدنية ، ومن ثم يجوز للقضاء العام إقامة حارس قضائي على هذه الشركات إذا توافرت شروط الحراسة ، وليس في إقامة الحراسة في هذه الحالة ما يعطل تنفيذ الأوامر الإدارية ، إذ أن القرارات التي تصدرها هذه الشركات لإدارة المرافق العامة التي تلتزمها لا تعتبر أوامر إدارية ، بل هي قرارات خاصة تخضع خضوعاً كاملاً لرقابة القضاء العام ، ولهذا القضاء الولاية في إلغائها وفي وقف تنفيذها ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية (٣) .

٤٤٢ — عدم قيام الوظيفة الولائية في دعوى الحراسة : وإذا تقرر أن القضاء العام هو الذي له في الأصل الولاية في دعوى الحراسة ولا تنعدم ولايته إلا إذا كان هناك أمر إداري يكون من شأن الحراسة وقف تنفيذه ، فإن الوظيفة الولائية (juridiction gracieuse) لهذا القضاء لا تقوم في دعوى

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٣ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٧ — محمد علي راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٤ هامش ٢ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩ .

(٢) فإذا امتنعت مصلحة التلغرافات عن قبول اشتراك أحد الأفراد أو قطعت عنه المواصلات التلغرافية ، لم يجز للقضاء العام تعيين حارس قضائي لإجراء المواصلات أو لإعادتها (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٠ — وقارن محمد علي رشدي فقرة ٢٥٩ — استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦١) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٥ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠ — ويتفرع على ذلك أن أملاك الدولة الخاصة يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية ، لأنها لا تدار بأوامر إدارية بل بقرارات تخضع خضوعاً تاماً للقضاء العام لا للقضاء الإداري (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٦) .

الحراسة ، بل الذى يقوم هو الوظيفة القضائية (juridiction contentieuse) .
ذلك أن دعوى الحراسة هى دعوى قضائية ، وهى خصومة تنعقد عن طريق
الإجراءات المعتادة للدعوى ، لاعن طريق الأمر على عريضة .

وليس فى نص المادة ٧٣٠ مدنى ما يتعارض مع ذلك ، فقد جاء فى صدر
هذه المادة : « يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » . والمقصود بالقضاء هنا
المحكمة ، كما أن المقصود بعبارة « أن يأمر بالحراسة » هو « أن يحكم بالحراسة » ،
ويقطع فى أن القضاء بالحراسة هو حكم قضائى لا أمر على عريضة أن النص
صريح ، سواء فى الحكم القاضى بالحراسة أو فى الحكم القاضى بانتهائها ،
فى أن الذى يصدر هو حكم قضائى لا أمر على عريضة . فتنبص المادة ٧٣٣
مدنى على أن « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من
التزامات وما له من حقوق وسلطة » . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨
مدنى على أن « تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء » .
وقد كان نص التقنين المدنى القديم صريحاً أيضاً فى ذلك ، إذا كانت المادة
٦٠٠/٤٩١ من هذا التقنين تنص على أن « للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً
للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز أن تعين لذلك
أحد الأخصام المترافعين » (١) .

وإلى جانب النصوص التشريعية تقوم طبيعة الحراسة القضائية شاهداً على .

(١) وقد جاء هذا النص فى التقنين المدنى القديم حاسماً للخلاف الذى كان موجوداً فى القانون
الفرنسى ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى جواز تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة (باريس
٢٥ أبريل سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٢ - ٢٠٥ - كان ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ -
٢ - ١٦٧) ، وذهب رأى آخر إلى تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة فى الحالات التى لا يوجد
فيها نزاع (ليون ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٢ - ٢ - ٨٨) . ولكن الرأى الذى رجح فى الفقه
والقضاء الفرنسيين هو أن يكون تعيين الحارس القضائى بحكم قضائى مسبب لا بأمر على عريضة .
(جيوار فقرة ١٧٩ - هيك فقرة ٢٧٨ - نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ -
١ - ٢٥ - باريس ٦ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٢ - ٢٧ - ٤ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز
٦٧ - ٢ - ١٥٩ - نانسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ٢ - ٢١٣) .
وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن طلب تعيين الحارس القضائى وإن يكن من الأعمال التحفظية ،
ولكن القانون نص على أنه من اختصاص المحكمة الفصل فيه (مصر الوطنية ٢ يوليه ١٩٠٤
الاستقلال ٣ ص ٢٧١) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ -
٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٨ - ١٣ يوليه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٢ .

ما تقدم . فالحراسة القضائية لإجراء قضائي بطبيعته ، يقتضى إعلان الخصوم للحضور في جلسة علنية ومناقشتهم وسماع أقوال طالب الحراسة والخصم الموجه ضده هذا الإجراء . فليست الحراسة القضائية إجراء تحفظياً بحتاً كالحجز التحفظي ، ومهمة الحارس القضائي لا تقتصر على مجرد القيام بأعمال تحفظية بل تمتد إلى أعمال الإدارة وقد تجاوز ذلك إلى أعمال التصرف . والحراسة تنزع للمال من تحت يد حائزه وتسليمه إلى الحارس يحفظه ويديره ، فهي إجراء خطير يقتضى سماع أقوال طرفي الخصومة فيه بعد إعلانهم للحضور ، ويصدر فيه حكم مسبب . ومن ثم وجب أن تتبع فيها الإجراءات المعتادة للدعوى ، لا إجراءات الأمر على عريضة حيث لا تسمع أقوال الخصوم ولا تعقد جلسة علنية ويكتفى بالعريضة التي يقدمها طالب الأمر لقاضي الأمور الوقتية . فيجب إذن رفع الدعوى بطلب الحراسة القضائية وفقاً للإجراءات المقررة في رفع الدعوى ، وذلك ما لم ينص القانون صراحة على أن يكون ذلك بأمر على عريضة كما فعل في المادة ٩٤١ مرافعات وهي تقول : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بانصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضي الأمور الوقتية على عريضة ، إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » (١) .

ووجوب أن يكون طلب الحراسة القضائية بطريق رفع الدعوى وانعقاد الخصومة القضائية ، لا بطريق الأمر على عريضة ، هو المعمول به في عهد التقنينين القديم والحديث (٢) .

٤٤٣ — الاختصاص النوعي — القضاء المستعجل وحكمة الموضوع :

ومتي تقرر في الحراسة القضائية وجوب رفع دعوى بطلبها ، فإن المحكمة المختصة اختصاصاً نوعياً بنظر هذه الدعوى هي إحدى محكمتين (٣) :

أولاً — القضاء المستعجل : وهو يقوم بوظيفة قضائية لأبوظيفة ولائية ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٨٩ — فقرة ٢٩١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٩ .

ويسمع كلا من طرفي الخصومة يدلي بحججه معارضاً بها حجج الطرف الآخر ، ويصدر حكماً مسيئاً بجوز الطعن فيه . ولما كانت الحراسة كما قدمنا لإجراء مؤقتاً مستعجلاً لا يتمس أصل الحق ، وكان القضاء المستعجل هو الذي يختص بهذه الإجراءات المؤقتة المستعجلة التي لا يتمس أصل الحق ، لذلك كانت المحكمة المختصة اختصاصاً طبيعياً بنظر دعوى الحراسة هي محكمة القضاء المستعجل . فترفع هذه الدعوى في الأصل إلى قاضي الأمور المستعجلة ، ولا يشترط في ذلك أن تكون هناك دعوى موضوعية مرفوعة أمام محكمة الموضوع^(١) ، بل يصح أن ترفع دعوى الحراسة قبل رفع دعوى الموضوع . وفي هذه الحالة لا يمكن أن ترفع دعوى الحراسة إلا أمام قاضي الأمور المستعجلة ، إذ لا يمكن رفعها أمام محكمة الموضوع قبل أن ترفع أمام هذه المحكمة الدعوى الموضوعية^(٢) .

وحتى بعد رفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع يجوز رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل^(٣) ، بل إن اختصاص القضاء المستعجل

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ - كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٣٦ - طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣٢ ص ٥٠ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد علي عرفة ص ٥٢٦ .

(٢) ولقاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة أن يحكم بالحراسة مع تعيين أجل لرفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع للفصل في النزاع وإنهاء الحراسة تبعاً لذلك (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ - مصر مستعجل ١٣ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ - محمد علي عرفة ص ٥٢٦ - وانظر آنفاً فقرة ٤٠٥ في الهامش) .

(٣) محمد حسن العشماوي في قواعد المرافعات ١ فقرة ٥٦٩ ص ٤٠١ - محمد حامد فهمي في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٤٩ ص ١٥٨ - ص ١٥٩ - عبد الحكيم قراج فقرة ٣٠٥ - محمد علي رشدي فقرة ١٧٢ ص ٢٥٠ - محمد علي راتب فقرة ٥ و فقرة ٣١٦ - استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٢ ص ٢٣٢ - بني سويف الكلية ٦ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٦ ص ٢٧٣ - فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥ - مصر ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٨ ص ٤٠٣ - بني سويف جزئي ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١١ ص ١٨٣ - دكرنس ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٠ ص ٢٥ . السئلة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧ - نقض جرنسي ٤ مايو سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٥٨٢ .

وهناك رأي ثلثي يذهب إلى أن القضاء المستعجل لا يكون مختصاً إذا كانت الدعوى الموضوعية =

حتى في هذه الحالة يبقى هو الأصل^(١) كما يقضى صريح النص ، إذ تقول: الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات وهي تتكلم عن الأمور التي يختص بها القضاء المستعجل : « على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه الأمور إذا رفعت لها بطريق التبعية » . فيكون الأصل إذن هو اختصاص القضاء المستعجل ، ويجوز أن يحل محله اختصاص محكمة الموضوع^(٢) .

= أمام محكمة الموضوع ، بل تكون هذه المحكمة الأخيرة وحدها هي المختصة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٦ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤٣ - استئناف وطني ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٧ ص ٤١ - طنطا ٩ أكتوبر سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص ٨٧ - جرجا ١٠ يولييه سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٣ ص ١٩٩ - منيا القمح ٨ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٤٥ ص ٩١ - طنطا الجزئية ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤ - طهطا ٢٩ يولييه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩ - ملوى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة القضائية ٤٣ ص ٢٦ . لجنة المراقبة القضائية رقم ٥ في ٦ - فبراير سنة ١٨٩٧ ورقم ٦ في ٢٦ مارس سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٣٠ - نقض فرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص ٤٦٧) .

وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم اختصاص القضاء المستعجل في أثناء قيام الدعوى الموضوعية: إلا في حالة الاستعجال الشديد أو في حالة ما إذا كانت القضية الموضوعية مؤجلة إلى جلسة بعيدة: (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٧٩ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٠ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ - ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - السيدة زينب ١٠ يناير سنة ١٩٠١ - المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٢٤ - عابدين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠ - محمد علي عرفة ص ٥٢٤) .

(١) فلا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع إذا كان أصل النزاع مطروحاً أمام هذه المحكمة (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٠) - ويحكم قاضي الأمور المستعجلة بحسب ظاهر المستندات دون أن يمس الموضوع (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٠) .

(٢) قارن محمد علي رشدي فقرة ١٧٢ مكررة - وانظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات وقد ورد فيها ما يأتي : « وقد حرص المشروع على النص في هذه المادة على أن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بما عهد به لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً إذا مارفع إليها بطريق التبعية ، أي أن رفع الدعوى بالموضوع إلى محكمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل =

ثانياً - محكمة الموضوع : وهذه لا تكون مختصة بطبيعة الحال إلا إذا رفعت إليها أولاً الدعوى الموضوعية ، فيجوز عندئذ رفع دعوى الحراسة بطريق التبعية . فإذا رفعت دعوى الاستحقاق أمام محكمة الموضوع ، جاز رفع دعوى الحراسة على العين المطالب بملكيتها أمام نفس المحكمة تبعاً للدعوى الموضوعية ، لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع^(١) . وتنظر أمام محكمة الموضوع كدعوى مستعجلة بجميع الإجراءات التي تتطلبها الدعوى المستعجلة^(٢) .

= المستعجلة المتعلقة بها ، كما أن اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بالفصل في مسألة مستعجلة ترفع إليها بطريق التبعية للطلب الأصلي ، وهذا هو الرأي الذي ساد في فقه القانون الحالي (القديم) وقضائه .

هذا وإذا اتفق الطرفان على تعيين حارس يوضع تحت يده المال المتنازع عليه ، كان هذا الاتفاق صحيحاً ، ويجوز رفع الأمر إلى محكمة الموضوع لتعيين الحارس ، ولا يجوز رفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة إلا إذا توافر ركن الاستعجال (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٨) .

(١) مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٣ ص ٢٩ - وعلى ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف المرفوع أمامها استئناف عن حكم محكمة الموضوع الابتدائية أن تقضي بتعيين حارس إذا دعت الضرورة لذلك (استئناف وطني ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٨ ص ٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ رقم ٤٩ ص ٢٣٧ - استئناف أسبوط ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٣ - استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - محمد علي عرفة ص ٥٢٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص ٤٦٩) .

ولا يجوز للمحكمة الكلية أن تنظر دعوى الحراسة بعد الفصل في موضوع الدعوى (قنا ١٢ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٠ ص ١٤٠) . ويكون المختص بنظر دعوى الحراسة في هذه الحالة هي محكمة الاستئناف كما تقدم ، وكذلك قاضي الأمور المستعجلة (طنطا جزئي ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤) . ولكن وقف السير في الدعوى ليس معناه عدم وجود دعوى ، بل معناه أنها معطلة ولكنها قائمة . وعلى ذلك فلو كانت القضية الموضوعية موقوفة أمام محكمة الموضوع ، فهذا لا يمنع اختصاص هذه المحكمة بدعوى الحراسة (طهطا ٢٩ يولييه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩) . وإذا وقفت القضية أمام محكمة الموضوع بسبب الطعن بالتزوير ، فهذا لا يمنع المحكمة من أن تكون مختصة بنظر دعوى الحراسة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٨٦ ص ٩٧٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يولييه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٨٠ - ١٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٠٥ - ولكن قارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ . (وقد قضت بأن طلب الحراسة المقدم لمحكمة الموضوع عملاً بالمادة ٤٩١ من القانون =

ويختص من ذلك أنه قبل رفع الدعوى الموضوعية لا يكون مختصاً بدعوى الحراسة سوى قاضى الأمور المستعجلة ، وبعد رفع الدعوى الموضوعية يكون مختصاً بدعوى الحراسة كل من قاضى الأمور المستعجلة بطريق أصلى ومحكمة الموضوع بطريق التبعية . فإذا رفعت الدعوى أمام إحدى الجهتين ، امتنع رفعها ثانية أمام الجهة الأخرى . وهذا ما تقضى به المادة ٤٩ من تقنين المرافعات ، وهى المادة التى سبق ذكرها .

٤٤٤ — اختصاص المحلى : وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام قاضى الأمور المستعجلة ، فإن محكمة القضاء المستعجل التى تختص بنظر هذه الدعوى اختصاصاً محلياً هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أى المرفوع ضده دعوى الحراسة^(١) ، أو المحكمة التى تقع الحراسة فى دائرتها أى المحكمة التى يقع فى دائرتها المال المطلوب وضع الحراسة عليه^(٢) . وتنص الفقرة

المدنى — القديم — لا يشترط فيه توافر ركن الاستعمال ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى مرفوعة طبقاً للمادة ٢٨ من قانون المرافعات — القديم — فلا بد من توافره .

(١) وإذا كان المدعى عليه يباشر تجارة أو حرفة ، جاز رفع الدعوى أيضاً أمام المحكمة التى يوجد فيها المكان الذى يباشر فيه تجارته أو حرفته ، فإن هذا المكان يعتبر أيضاً موطناً له . (م ٤١ مدنى) . وتنص المادة ٤٢ مدنى على أن « ١ — موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً . ٢ — ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانية عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها » . وموطن الشخص الاعتبارى هو « المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التى يكون مركزها فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية » (م ٢/٥٣ مرافعات) .

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم (م ٢/٥٥ مرافعات) .

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ، فالاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها سكنه (م ١/٥٥ مرافعات) .

(٢) أو المكان الذى يراد أن تجرى فيه أعمال الحفظ والصيانة أو الإدارة موضوع الحراسة القضائية (محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧) — وقد قضى بأنه إذا رفع وارث دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقارات الموروثة طالباً وضعها تحت الحراسة القضائية ، فدفعت الورثة المدعى عليهم بعدم الاختصاص المحلى استناداً إلى أن المحكمة المختصة هى تلك الواقعة بدائرتها محل افتتاح التركة عملاً بنص المادة ٢/٥٩ مرافعات ، كان الدفع فى غير محله ، لأن المادة الواجبة التطبيق فى هذا المقام هى المادة ١/٦٦ مرافعات التى تنص على أنه فى الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ

الأولى من المادة ٦٦ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « في الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها^(١) » :

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية لدعوى الموضوع ، فإنها ترفع أمام محكمة الموضوع ، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة محلياً بنظرها فيما لو رفعت إليها مستقلة .

ولا تتعلق هذه القواعد بالنظام العام ، فجوز الاتفاق على ما يخالفها ، كما يجوز النزول عن التمسك بها صراحة أو ضمناً . ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها محلياً من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص قبل إبداء سائر الدفوع الشكلية وقبل التكلم في الموضوع ، وإلا اعتبر متنازلاً عن اندفع^(٢) .

= إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يتبعها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصوله الإجراء في دائرتها . وهذا النص يسرى على جميع الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الوقتية دون باقي النصوص التي تنظم قواعد الاختصاص المحلي ، وإذا تعارض معها فهو الواجب التطبيق دون سواه عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأنه إذا تعارض نص خاص ونص عام طبق الخاص دون العام (شين الكوم الجزئية ٥ مارس سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضا ٤ ص ١٤٠) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٦ - ص ٨٤٧ في الهامش : ويشير إلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٠٩٩ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى استبدال حارس معين على عقار بالإسكندرية أمام قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية ولو كان المدعى عليه غير متوطن في دائرة اختصاصها) ، وإلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٢٩٦ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى الحراسة على محل بالإسكندرية أمام قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية بالرغم من أن المدعى عليه يقيم بالقاهرة) .

(١) وقد حسم النص خلافاً كان قائماً في عهد تقنين المرافعات القديم . وكان الرأي الراجح في عهد هذا التقنين أن دعوى الحراسة التي ترفع تبعاً لنزاع مطروح أمام محكمة الموضوع يختص بنظرها قاضي الأمور المستعجلة الكائن في دائرة محكمة الموضوع ، أما دعوى الحراسة التي ترفع مستقلة عند عدم طرح نزاع ما أمام محكمة الموضوع فكانت ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الكائن في دائرتها الأعيان المطلوب وضعها تحت الحراسة إذا بنيت الحراسة على حق عيني ، أو أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه إذا بنيت على حق شخصي (محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧ هامش ١) .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٨ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦١١ .

§ ٢ - الإجراءات والحكم في دعوى الحراسة

٤٤٥ - إجراءات دعوى الحراسة : ترفع دعوى الحراسة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين (م ٦٩ مرافعات) ، وإذا رفعت بطريقة تبعية للدعوى الموضوع ، جاز رفعها بالإجراء الذي ترفع به الطلبات العارضة . ويجب أن يبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (م ٧١ مرافعات)^(١) . ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة ، ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه (م ٧٣ مرافعات) . وعلى المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنه أن يقدمه لقلم الكتاب لتقيد الدعوى بمجدول المحكمة ، في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر : وللمدعى عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلنه له إذا لم يقيدھا المدعى . وتقيد الدعوى في الجلسة نفسها إذا كان التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة (م ٧٥ مرافعات) . ويجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى في يوم الجلسة نفسه ، إذا وجد ذلك مقتضياً (م ٧٦ مرافعات) : وإذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان الصحيفة ، وجب على قلم المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه (م ٧٧ مرافعات)^(٢) .

(١) ويجب أن تعين في صحيفة الدعوى الأموال المطلوب وضعها تحت الحراسة ، وتجوز الإحالة في هذا التعيين إلى عقد مضموم إلى ملف الدعوى (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٥ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٢ - ٢٥ يوفيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٣ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٨) .

(٢) ويجوز أن يكون مدعياً في دعوى الحراسة الشريك في شركة المحاصة يطلب وضع الشركة تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥) . وكذلك يجوز أن يكون مدعياً كل شخص يتقدم بادعاء الملكية ادعاء جدياً يطلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) . والمدعى عليه في دعوى الحراسة على الوقف هو الناظر دون المستحقين (استئناف مختلط ٢٢ يوفيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٥) . وكل من يدعى حقاً في شيء يصح أن يكون مدعياً في دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٠) .

وتتبع بعد ذلك الإجراءات المقررة في قانون المرافعات للدعوى المستعجلة ، من حيث إيداع المستندات قلم الكتاب عند قيد الدعوى ، وتقديم المدعى عليه مستنداته في جلسة المرافعة ذاتها ، وإعطاء المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وحالة تغيب الخصم عن الحضور ، وما يثار أمام المحكمة من دفع وطلبات ، وموقف القضاء المستعجل من الطلبات التي قد تستدعي سماع شهود أو ندب خبراء أو انتقال للمعاينة أو توجيه عين حاسمة أو متممة أو الطعن بالتزوير أو الإنكار أو المطالبة بتقديم مستند لدى الغير ، إلى غير ذلك من الإجراءات (١) .

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، فإنه يجوز رفعها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية باعتبارها من الإجراءات التحفظية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى (٢) .

٤٤٦ — حكم الحراسة : يكون النطق بحكم الحراسة ، بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلا (م ٣٤٥ مرافعات) . وإذا نطق بالحكم عقب المرافعة ، وجب أن تتودع مسودته المشتملة على أسبابه موقعا عليها من الرئيس والقضاة مبينا بها تاريخ إيداعها ، وذلك في ظرف ثلاثة أيام من يوم النطق بالحكم ، وإلا كان الحكم باطلا . فإن كان النطق بالحكم في جلسة أخرى غير جلسة المرافعة ، وجب أن تودع مسودته عقب النطق به ، وإلا كان الحكم باطلا كذلك . ويكون

(١) انظر في كل ذلك محمد علي راتب فقرة ٥٣ — فقرة ٦٥ — محمد عبد اللطيف فقرة

٦١٩ — فقرة ٦٢٧ .

(٢) وقد قضى في هذا الصدد بأنه إذا كان الثابت أنه في أثناء نظر دعوى الموضوع أمام محكمة ثاني درجة طلب المستأنف استبدال الحارس الذي عينته المحكمة الابتدائية ، فاعتراض المستأنف ضده بأن هذا الطلب لا يقبل أمام محكمة ثاني درجة لأن قاضي التعيين هو قاضي العزل ، فهذا الاعتراض في غير محله ، لأن المحكمة التي تنظر النزاع الموضوعي هي المختصة بنظر دعوى الحارس على الأموال المتنازع عليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وذلك على اعتبار أن هذا من الإجراءات التحفظية الجائز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى من حق المستأنف إذن أن يطلب استبدال الحارس كذلك أمام محكمة ثاني درجة لأول مرة ، وحقه هذا لا يمنع من طلب عزل الحارس أو استبداله أمام القاضي المستعجل إذا توافرت شروط اختصاصه (استئناف مطعون ١٧٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص ١٤٥٠) . وانظر آنفاً فقرة ٤٤٣ في الهامش .

المتسبب في البطلان ملزماً بالمصاريف وبالتضمينات إن كان لها وجه (م ٣٤٦ مرافعات) . ويجب أن يكون الحكم مشتملاً على الأسباب التي بنيت عليه ، وإلا كان باطلاً (م ٣٤٧ مرافعات) . وصورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها تبصم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية ، ولا تسلم إلا للخصم الذي صدر حكم الحراسة لمصلحته (م ٣٥٢ مرافعات) . ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأضحية لكل إنسان ولو لم يكن له شأن في الدعوى ، وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م ٣٥١ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لنفس المحكوم عليه بالحراسة . وأولوطته الأصلية ، وإلا كان باطلاً (م ٤٦٠ مرافعات) . ومع ذلك يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أو لمحكمة الموضوع على حسب الأحوال أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان ، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر ، وعلى المحضر أن يردّها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (م ٤٦٤ مرافعات) .

والنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لحكم الحراسة ، سواء أصدره قاضي الأمور المستعجلة أو أصدرته محكمة الموضوع ، وذلك ما لم ينص في الحكم على تقديم كفالة (م ٤٦٦ مرافعات)^(١) . ويجوز الطعن في حكم الحراسة بالاستئناف دائماً ، أيا كانت قيمة النزاع ، الأصلي أو قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، وسواء صدر الحكم من قاضي الأمور المستعجلة أو صدر من محكمة الموضوع (م ٣٩٥ مرافعات)^(٢) . ويستتبع ذلك أنه يجوز أن يكون الحكم الصادر في الموضوع غير قابل للاستئناف ، أما حكم الحراسة الذي هو تابع للحكم الموضوعي فيكون قابلاً للاستئناف . وتعليل ذلك أن حكم الحراسة يصدر بعد بحث سريع لظاهر المستندات ، فجعل دائماً قابلاً للمراجعة من محكمة أعلى^(٣) . ويستأنف حكم

(١) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٩٢ - وينفذ الحكم ضد من انتقلت إليه ، بعد صدور حكم الحراسة ، ملكية المال الموضوع تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٦) .

(٢) وعدم إدخال أحد الحراس أو أحد الملاك خصماً في الاستئناف لا يجعل الاستئناف غير مقبول (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٧٧) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٠ .

الحراسة ، إذا كان صادراً من قاضى الأمور المستعجلة ، أمام المحكمة الكلية ، وحكمها فى الاستئناف يكون نهائياً ، ثم هو لا يقبل الطعن فيه بالنقض إذ قد أعيد تحريم الطعن بالنقض فى الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الكلية بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ٢٩٥٢^(١). أما إذا كان حكم الحراسة صادراً من محكمة الموضوع ، فإن كانت هذه المحكمة هى المحكمة الجزئية ، فاستئناف الحكم يكون هنا أيضاً أمام المحكمة الكلية ، ويكون حكمها نهائياً وغير قابل للنقض^(٢). وإن كانت محكمة الموضوع هى المحكمة الكلية ، فاستئناف حكم الحراسة يكون أمام محكمة الاستئناف ، ويكون حكم هذه المحكمة قابلاً للطعن فيه بالنقض^(٣).

(١) وذلك فيما عدا الحكم فى قضايا وضع اليد والحكم الصادر فى مسألة اختصاص نوعى أو اختصاص متعلق بولاية المحكمة (م ٤٢٥ مكررة مرافعات الصادر بها القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) . ثم صدر قانون السلطة القضائية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، تنص المادة الثانية منه على أن الخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية ، وذلك إذا كانت الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله إذا كان الحكم صادراً فى مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم الاستئنافية . فصار الحكم النهائى الصادر من محكمة ابتدائية فى دعوى الحراسة لا يقبل الطعن بالنقض ، إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥٢ - فقرة ٦٥٤) .

وانظر فى جواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى الحراسة من محكمة ابتدائية هيئة استئنافية بعد صدور تقنين المرافعات الجديد وقبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ :
نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٣ .

(٢) إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر الهامش السابق) .
(٣) ولا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة ، ولا تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض ، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ - أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ - ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٢٥٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ - ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٦٧ - وانظر آنفاً فقرة ٤٠٤ فى الهامش) .

هذا وقد يصدر حكم الحراسة من محكمة الاستئناف إذا كانت دعوى الموضوع مستأنفة أمامها ودعت الضرورة إلى أن تصدر حكماً يوضح المال تحت الحراسة ، وفى هذه الحالة يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف ولكن يجوز الطعن فيه بالنقض .

واختلف في جواز الطعن في حكم الحراسة بالتماس إعادة النظر ، فرأى يقول
بالجواز لإطلاق نص المادة ٤١٧ مرافعات وهي تجيز التماس إعادة النظر
في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية^(١) ، ورأى آخر وهو الراجح لايجز
التماس إعادة النظر لأن أسباب التماس يمكن اعتبارها ظرفاً استجذبت
بعد صدور حكم الحراسة تزيل حجية هذا الحكم ومن ثم يمكن تعديله بدعوى
جديدة لا بطريق التماس إعادة النظر^(٢) . ويجوز اعتراض الخارج عن
الخصومة على حكم الحراسة ، لأن نص المادة ٤٥٠ مرافعات الوارد في هذا
الصدد عام مطلق^(٣) . واعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة
لا يوقف تنفيذه ، ما لم تأمر المحكمة المرفوع إليها الاعتراض بوقفه لأسباب
جديدة (م ٤٥٤ مرافعات)^(٤) . وتتولى المحكمة التي أصدرت حكم الحراسة
تصحيح ما يقع في منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ،
وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير
مرافعة . ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ،
ويوقعه هو ورئيس الجلسة (م ٣٦٤ مرافعات) . ويجوز للخصوم أن يطلبوا
إلى المحكمة التي أصدرت حكم الحراسة تفسير ما وقع في منطوقه من غموض
أو إبهام ، ويقدم الطالب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى (م ٣٦٦ مرافعات) .
فيجوز مثلاً طلب تفسير مدى مأمورية الحارس ومقدار الأموال والأعيان التي
تشملها بالحراسة . والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم
الذي يفسره ، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة
بطرق الطعن العادية وغير العادية (م ٣٦٧ مرافعات) . ولايجوز عند التفسير

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٢ - ناشد حنا في التماس إعادة النظر ص ٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ الحاماة ٥ ص ٢٨٦ - محمد علي رشدي فقرة

٨٣٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥١ .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ - محمد علي راتب فقرة ٩٠ - محمد عبد اللطيف فقرة

٦٥٧ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة رابعة ص ٨١٥ - عبد المنعم الشرقاوي في اعتراض
الخارج عن الخصومة مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٩ - استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١١

م ٢٤٤ ص ٤٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٩ -

إسكندرية مستعجل ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ٣٠١ - عكس ذلك :

استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٩٠ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ - محمد علي راتب فقرة ٩١ .

إدخال أى تعديل على حكم الحراسة الأصيلى ، وإلا كان الحكم الصادر بالتفسير لا أثر له ، ولا يعتد إلا بحكم الحراسة الأصيلى^(١) .

٤٤٧ — صيغة حكم الحراسة : حكم الحراسة حكم وقى ، سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة أو من محكمة الموضوع . ولا ينبنى عنه هذه الطبيعة الوقتية أنه يفصل بصفة قطعية ، فهو إنما يفصل قطعياً فى الحراسة لمدة مؤقتة ، ويكون فى خلالها قابلاً للتعديل إذا تغيرت الظروف التى اقتضت إصداره^(٢) ، فحكم الحراسة إذن حكم قطعى مؤقت . وهو كحكم قطعى يحوز قوة الأمر المقضى . ومن ثم يقيّد القضاء ويلزم طرفى الخصومة ، فليس للقضاء أن يعدل عن حكمه وليس لطرفى الخصومة^(٣) أن يرفعا دعوى ثانية بذات الموضوع ونفس السبب للوصول إلى تعديل الحكم الأول ما لم تتغير الظروف^(٤) كما سيأتى .

(١) مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٣١٠ — محمد على رتب فقرة ٣٣٦ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٥ .

(٣) وحكم الحراسة لا يسرى إلا فى حق طرفى الخصومة وخلفائهما ، ولا يجوز التمسك به ضد شخص لم يمثل فى الخصومة (مصر مستعجل ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣٤ ص ٢٩٠ — محمد على راتب فقرة ٧٥) .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ ٤٧ ص ٣٨٤ — مصر مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٢٢٦ — محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨ — وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع ، إلا أن هذا ليس يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير . إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى نفس الظروف التى أوجبت الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدره ، مادام أنه لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ لإجراء مؤقتاً للحالة الطارئة الجديدة (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٠ ص ١٥٩١) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت هو حجة يلتزم بها القاضى والخصوم فيما يقضى به القاضى فى حدود ماله من « صفة مؤقتة وعدم المساس بالحق » ، ويكون قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن التى قررها له القانون ، إذ أن هذا الحكم عليه ما على جميع الأحكام من شرائط المداولة والتسبيب وغير ذلك مما نص عليه فى الفصل الأول من الباب العاشر من قانون المرافعات الخاص « بالأحكام » ، كما أن له ماله من

وحكم الحراسة كحكم مؤقت ليست له إلا حجية نسبية مؤقتة .
فحجيته نسبية لأنها لا تلزم قاضي الموضوع . وتقول محكمة النقض في هذا
الصدد إن إجراء الحراسة وهو إجراء مستعجل ليس من شأنه أن يحسم النزاع
بين الخصمين في أصل الحق ، إذ هو تقدير وقفي عاجل ، يتحسس به القاضي
المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون وجه الصواب في خصوص الإجراء
المطلوب ، مع بقاء أصل الحق سليماً يناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة
الموضوع (١) .

وحجيته مؤقتة لأنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التي بنى عليها الحكم . فإذا
تغيرت هذه الظروف ، سواء من ناحية الواقع أو من ناحية القانون ، ووجد

حجية فيما يقضى به في الحدود المتقدمة وفقاً للمادتين ٤٩ و ٣٤٩ مرافعات (نقض مدني ٢٩
ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) .

أما إذا اختلف السبب ، فلا محل للدفع بقوة الأمر المقضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا
رفضت دعوى الحراسة المرفوعة باعتبارها إجراء موقوتاً بالبت في إشكال مرفوع ، وكانت
المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع
بعد الفصل في الإشكال ، ثم رفعت دعوى حراسة أخرى استند فيها إلى نزاع في الملكية ، وكان
يبين من ذلك أن السبب الذي بنى عليه طلب الحراسة في كل من الدعويتين مختلف عن الآخر ، فصاد
عن أن المحكمة لم تتعرض في الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، فإن الحكم
المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها قد أخطأ في تأويل
الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأ في تطبيق المادة ٤٠٥ مدني (نقض مدني
١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٨ ص ٢٥١) . وقد قضى بأن رفض
تعيين حارس بالأجر ليس حجة ضد طلب تعيين نفس الحارس بنير أجر (استئناف مختلط ٢٩
نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

وانظر مصر استئنافي ١٥ يناير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٩٦ - ٦ مارس سنة ١٩١٢
الحقوق ٢٧ ص ٢٢٤ - بني سويف الكلية ٣٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٢ ص ٢٥٩ -
دير ب نجم ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٢١ ص ١١٤ .

(١) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٨٦ ص ١٠٢ - وقضت محكمة
النقض أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقفي لا يجوز قوة الشيء المحكوم به في أصل موضوع النزاع ،
فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي
باتخاذ ذلك الإجراء فيه (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) -
وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ -
٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٩ ص ١١٥٢ - عبد الحكيم فراج فقرة
٣٥٤ - محمد علي راتب فقرة ٧٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٩ .

ما يستوجب التعديل في حكم الحراسة ، زالت حجية هذا الحكم ، وأمكن رفع دعوى جديدة يطلب فيها ما يغير الذي قضى به حكم الحراسة الأول^(١) .
ويترتب على ذلك أنه إذا قضى بتعيين حارس قضائي حتى يقضى نهائياً في نزاع معين ، وقبل الفصل في موضوع النزاع تغير مركز أحد الطرفين بحيث يصبح طلب رفع الحراسة ، جاز رفع دعوى جديدة بذلك^(٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا قضت المحكمة برفض دعوى الحراسة لأسباب معينة ، ثم حصل تغير في مركز الطرفين يمكن معه رفع دعوى حراسة جديدة ، جاز ذلك^(٣) . ولا يشترط في الوقائع التي تغير مركز الخصوم أن تكون قد حدث بعد صدور حكم الحراسة ، بل يكفي وجودها ولو حصلت قبل صدور هذا الحكم مادامت لم تطرح أمام المحكمة ويفصل فيها بالقبول أو بالرفض^(٤) .

٤٤٨ — تنفيذ حكم الحراسة : أول أثر لحكم الحراسة هو إضفاء صفة الحارس على من اختير لذلك ، وسنرى أن هذا الأثر يقع بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أي إجراء آخر . ثم يأتي بعد ذلك تسليم الأموال التي فرضت عليها الحراسة للحارس . وهذا يستوجب إعلان الحكم إلى المحكوم عليه ، إلا إذا أمرت المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان على ما قدمنا^(٥) . ويشمل التسليم الشيء الأصلي الموضوع تحت الحراسة وتوابعه ولو لم ينص الحكم عليها ، فوضع محل شركة تحت الحراسة يشمل الأدوات والبضائع

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٤ .

(٢) مصر مستعجل ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية عدد ٢٩١ ص ١٢ .

(٣) نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨ - ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥ - استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨ .

(٤) مصر مستعجل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ٢٨٢ - محمد علي راتب فقرة ٧٣ ص ١٩١ - والمحكمة بحث وقائع الدعوى المطروحة ومستندات الطرفين وظروف الدعوى السابقة والحالية لمعرفة ما إذا كان قد حصل تغير في الوقائع المادية أو في مركز الطرفين القانوني . يبيح للمحكمة العدول عن حكمها الأول أو التعديل فيه (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤١) ..

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٤٦ .

والمنقولات الأخرى الموجودة بالمحل . ولا يعتبر من التوابع العقارات المونجرة من الغير والموضوع فيها الأموال المفروض عليها الحراسة ، أو العقارات المملوكة من الغير وتكون مستخدمة على سبيل التسامح لمنفعة الأموال المفروض عليها الحراسة^(١) .

وإذا كانت الأعيان الموضوعة تحت الحراسة يشغلها مستأجرون ، فإن تسليم الحارس لها لا يعنى نزعها من أيدي المستأجرين وإخراجهم منها ، ولكن يكون تسليمها بحلول الحارس محل واطع اليد السابق في قبض الأجرة^(٢) . وقد تعرض الحارس صعوبات في تنفيذ حكم الحراسة ، فله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل للفصل في هذه الصعوبات . مثل ذلك أن يمانع شخص في تسليم الحارس عيناً من الأعيان الموضوعة تحت الحراسة بدعوى أنه مستأجر لها ، فلقاضى الأمور المستعجلة أن يبحث جدية عقد الإيجار ، فإذا كان جدياً

(١) مصر مستعجل ٢٧ أغسطس سنة ١٩٣٥ الجريمة القضائية عدد ٤٠٠ ص ٩ - محمد على راتب فقرة ٣٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظي ، والحكم الصادر فيها ليس قضاءً بإجراء' يحتمل التنفيذ المادي في ذاته إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التي تناط به في الحد الذي نص عليه الحكم ، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة إلى العقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادي ، فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضع اليد على العقار مادام استأجر بعقد لا شبهة في جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل ، بل يحق له فقط تحصيل الإيجار المستحق من المستأجر (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٦ ص ٦٥٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٥ ص ٩٠٨ - مستعجل مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ ص ٣٦٢ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٦٤٣ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ .

كذلك لا تؤثر الحراسة في حق الشريك في الانتفاع بالحصصة الشائعة ، فلا يختص قاضي الأمور المستعجلة بطرد الشريك من العين موضوع الحراسة (مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٤٥٤ ص ١٠٨٥) ، وذلك ما لم يكن وجود الشريك في العين عقبة تعرقل أعمال الحارس كما لو استأثر الشريك بالعين كلها ومنع الحارس من إدارتها واستغلالها (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٣ - وقازن إسكندرية مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص ١٠٨٥ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣) . ولا ينزع الحارس العين من تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٢) .

ترك العين في يد المستأجر واكتفى الحارس بقبض الأجرة منه^(١) . وإذا شمل حكم الحراسة أعيان وقف وملك ، وصدر حكم بعد ذلك من محكمة الموضوع بإخراج أطيان الوقف من الحراسة في مواجهة الحارس دون الخصوم ، وتغير الحارس ، فإن للحارس الجديد أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لمعرفة مدى تأثير الحكم الصادر بإخراج الوقف من الحراسة في مواجهة الحارس السابق دون الخصوم في الحكم الصادر بتعيينه حارساً . ويجب على القضاء المستعجل ألا يمس الحكم الموضوعي ، فيتعين عليه أن يحكم بوقف تنفيذ حكم الحراسة بالنسبة إلى الوقف ، ولو طعن أمامه بطلان الحكم الموضوعي لعدم صدوره في مواجهة جميع الخصوم ، إذ لا يجوز أن يصدر حكماً يتعارض مع حكم صادر من محكمة الموضوع في نفس الأمر المطروح أمامه^(٢) .

§ ٣ - تعيين الجارس القضائي

٤٤٩ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :-
« يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه^(٣) » .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به^(٤) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري .
المادة ٦٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٢ - ولا مقابل للنص في التقنين ،

-
- (١) استئناف مخطوط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت عدد ٣٤٤ رقم ٢٨٦ ص ٢١٣ .
(٢) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٣ م ١٥ ص ٣٢٠ - مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٤١٠ - محمد علي راتب فقرة ٣٣٥ .
(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٨ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧) .
(٤) انظر في هذا المعنى استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٦ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٤ هامش ١ .

المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٢٠ / ١ و ٢ (١) .

ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يعين الحارس القضائى .
 (٢) التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى ، وسنرى أنه تثبت له صفة النيابة عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٣) ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٤) تنحى الحارس القضائى عن الحراسة . (٥) طالب عزل الحارس القضائى واستبدال حارس آخر به .

٤٥٠ — من يعين الحارس القضائى : رأينا أن المادة ٧٣٢ مدنى تقضى : بأن يكون تعيين الحارس القضائى باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، أى أن تعيين شخص الحارس القضائى مسألة منفصلة عن فرض الحراسة القضائية (٢) . فالحراسة القضائية تفرض بحكم من القضاء ، ولكن شخص الحارس القضائى يتعين باتفاق ذوى الشأن جميعاً إذا أمكن هذا الاتفاق ، ولا تتغير بذلك طبيعة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢٠ / ٢ و ١ : يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع

ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى - والقاضى أن يقرر تعيين حارس .

(وبالرغم من غموض عبارة النص فالظاهر أن الحارس القضائى فى التقنين اللبنانى يعين باتفاق ذوى الشأن ، فإن لم يتفقوا عينه القاضى : انظر م ١٩٦٣ مدنى فرنسى - فيكون التقنين اللبنانى متفقاً مع التقنين المصرى) .

(٢) فقد يتقرر مبدأ الحراسة القضائية نهائياً دون أن تتقرر نهائية تعيين الحارس . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أوقفت محكمة الاستئناف دعوى الحراسة لوفاة أحد الخصوم ، ثم قضى ببطلان المرافعة فيها فى مواجهة النظار الذين حلوا محل الناظر المعين حارساً ، فإن حكم الحراسة المستأنف إذا كان قد أصبح نهائياً فاف هذا إلا بالنسبة إلى مبدأ الحراسة القضائية فقط ، ولكنه غير ملزم من جهة الشخص المعين جارساً . وعدم إلزامه لا يمكن معه القول بنهائيته بالنسبة إلى هذا التعيين ، ولابأن وضع يد الناظر على الأطيان المتنازع عليها قد تغير من كونه الناظر على وقف هذه الأرض إلى كونه الحراسة القضائية عليها ، ولا بأن ناظر الوقف أو نظاره مسئولون عن الحساب مسئولية الحراس القضائيين (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) .

الحراسة من حراسة قضائية إلى حراسة اتفاقية . فالعبرة في كون الحراسة قضائية أو اتفاقية هي بمن فرض الحراسة في ذاتها . فإن كان هو القاضى ، كانت الحراسة قضائية ، ولو كان الخصوم هم الذين اتفقوا على تعيين شخص الحارس القضائى . وإن كان هو الخصوم ، كانت الحراسة اتفاقية ، ولو كان القاضى هو الذى عين الحارس للاتفاقى (١) .

فإذا اتفق ذوى الشأن جميعاً على تعيين شخص يكون حارساً قضائياً ، وجب على المحكمة تعيين هذا الشخص (٢) . ولا يكتفى أن تتفق الأغلبية ، ولو كانت أغلبية الشركاء في المال الشائع (٣) . بل يجب أن يكون هناك اتفاق إجماعى .

فإذا لم ينعقد الإجماع على شخص معين ليكون حارساً قضائياً ، تولت المحكمة بنمائها تعيين هذا الحارس . وتستأنس في ذلك برأى من ترى الاستئناس برأيه من ذوى الشأن ، أغلبية كانوا أو أقلية ، دون أن تكون ملزمة بهذا الرأى . ولها أن تعين أحد طرفى الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألتان منفصلتان : أولاهما وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هي التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها ، فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٧) .

(٢) وتبقى الحراسة مع ذلك حراسة قضائية (بودرى وقال فقرة ١٢٩١) ، كما أن الحراسة الاتفاقية تبقى اتفاقية حتى لو عينت المحكمة الحارس (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع ، الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى ، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار . قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه . فإن الحكم في شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس - سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية - باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع ، وطبقت المحكمة أحكام الحراسة في شأن هذا النزاع ، فإن النعى على الحكم بالخطأ في القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون في غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦٠ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ - وانظر عكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٥) .

عليه الطرف الآخر ، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفايته ، لاسيما إذا قبل الحراسة : دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لا تتحمل تثقيلاها بالأجر^(١). وإذا لم تر المحكمة تعيين أحد طرفي الخصومة ، عينت أجنبياً ، قد يكون من بين الخبراء المقررين بالجدول^(٢) ، أو أى شخص آخر تراه متوافراً على الخبرة الخاصة التي تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة :

(١) انظر المادة ٤٩١/٦٠٠ من التقنين المدني القديم وتنص صراحة على جواز تعيين أحد الخصوم المترافعين حارساً قضائياً - وانظر استئناف وطني ١٠ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٣٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٥٢ - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٦ - ص ٨٥٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن اختيار المدعى عليه حارساً لملائته وللاعتبارات الأخرى التي أوردها الحكم في صدد تقرير اختياره لا يتعارض بحال مع تقدير الحكم قيام الخطر الموجب للحراسة ، متى كان الحكم مع اختياره هذا الخصم قد حدد مأموريته وجعله مسئولاً عن إدارته أمام الهيئة التي أقامته بما يكفل حقوق جميع الخصوم في الدعوى حتى تنقضي الحراسة بزوال سببها ، ومن ثم فإن النعي على الحكم التناقض في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) . وقد قضى بأنه يمكن تعيين ملاك الأعيان حراساً كلي بقدر ما يوازي نصيبه ، بخلاف ما جرت عليه الأحكام من تعيين حارس أجنبي عن الطرفين أو تعيين أحدهما ، وهذه الطريقة مزايا ، منها تمكين طالب الحراسة المحق في دعواه من تسلم ما يوازي نصيبه في الحال والانتفاع به والشعور بالعدالة السريعة ، ومنها عدم انزعاج ما يخص المدعى عليه من الأعيان من يده وتركه عاطلاً بلا عمل ومنع تدخل أجنبي قد يبتال شيئاً من غلة الأعيان ، ومنها اقتضاء نفقات الحراسة وكثير ما هي (إسكندرية مستعجل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٠ ص ١٣) . وقضى بأن المادة ٤٩١ مدني (قديم) تخول للقضاء حق تعيين أحد الخصمين حارساً قضائياً ، فليس هناك ما يمنع من تعيين أحد الناظرين المتنازعين حارساً قضائياً على الوقف ، وليس في ذلك معنى الأفراد بالإدارة ، لا نختلف طبيعة وآثار كل من حكم القضاء المستعجل والقرار الذي تصدره الجهة الشرعية ، فالأول مؤقت بطبيعته لضرورة تقتضيه ، والثاني حاسم ينهي النزاع (مصر الكلية ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٨ ص ٨٢٣) . وقضى على خلاف ما تقدم أنه لتعيين أحد الشركاء حارساً يجب أن يكون جميع الشركاء متفقين على تعيينه ، وإلا عن حارس أجنبي (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٩) . وعلى كل حال لا يجوز أن يعين حارساً الوارث الذي كانت حيازته للتركة موضع الشكوى وسبباً في طلب الحراسة (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ .

وتعين المحكمة من يقبل أن يكون حارساً دون أجر ، إذا كان متوافراً على الأمانة والكفاية المطلوبتين^(١) . وقد تعين أكثر من حارس واحد ، إذا اقتضى تنوع العمل ودقته تعدد الحراس^(٢) ، ويتحاشى ذلك بقدر الإمكان لما في تعدد الحراس من احتمال وقوع الخلاف والاضطراب في العمل^(٣) ، وسواء كان تعيين الحارس القضائي باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو كانت

(١) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٧ - وذلك ما لم يكن من يرشح نفسه للحراسة دون أجر بعيداً عن العين بحيث لا يتمكن من إدارتها إلا بوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) ويحصل ذلك كثيراً في الحراسة على الشركات ، فيعين الشريك القائم بأعمال الإدارة حارساً قضائياً لخبرته بالعمل ويعين معه حارس آخر تكون مهمته الرقابة وتسليم أثمان المبيعات والإذن بالصرف (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب على وفاة الحارس الأصلي سقوط حراسة الحارس المنضم ، بل يبقى الحارس المنضم إلى أن يثبت القاضي أو يعزله (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) . وانظر استئناف مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ - ص ٨٥٩ .

ولما كانت المادة ٧٣٣ مدني تقضى بتطبيق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه نص ، فإن المادة ٧٠٧/٢ مدني ، التي تقضى في الوكالة بأنه إذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم بالعمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه ، هي التي تسرى في حالة تعيين أكثر من حارس واحد (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٢ ص ٥٤٠ - استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الحراس ثلاثة وتوفي أحدهم ، كان للحارسين الباقيين أن يقوموا بما قد تمس إليه الحاجة ولا يتسع له أجل الانتظار ، وتكون تصرفاتهما صحيحة إلى أن تضم المحكمة المختصة بديلا عن المتوفى ، وإلا شلت الحركة وفات الغرض من تعيين الحراس (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧٠ - ٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣ ص ٤ - نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ : لا يترتب على وفاة الحارس الأصلي سقوط حراسة الحارس المنضم بل يبقى إلى أن يثبت القاضي أو يعزله) . وسكوت سائر الحراس دون اعتراض على تصرف أحدهم يعتبر موافقة منهم على هذا التصرف (استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٢٢) .

(٣) استئناف وطني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٨١ ص ٨٤ - وانظر في جواز اختيار المرأة حارساً قضائياً محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ - وانظر في أنه يحسن عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٨ ويشير إلى مصر مستعجل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ قضية رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥١ .

المحكمة هي التي عينته ، فلا بد من قبوله لمهمته ، إذ لا يجبر أحد على أن يكون حارساً^(١) . ولكن إذا صدر قبوله بعد صدور حكم الحراسة ، فإن صفة الحارس تثبت له من وقت صدور الحكم كما سرى ، ولا تترأخى إلى وقت القبول .

٤٥١ - التكييف القانوني لصفة الحارس القضائي : وليست الحراسة القضائية بعقد وكالة ، لأن القضاء هو الذى يفرضها ولا يفرضها اتفاق ذوى الشأن . ولكن الحارس يصبح بمجرد تعيينه ، وبحكم القانون ، نائباً ، إذ يعطيه القانون سلطة فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته . والنيابة هنا نيابة قانونية من حيث المصدر الذى يحدد نطاقها ، إذ القانون هو الذى يفرضها ويعين مدى السلطة فيها . وقد تختلط نيابة قضائية ، إذا تدخلت المحكمة فى تحديد سلطة الحارس . وهى على كل حال نيابة قضائية من حيث المصدر الذى يضمنى على النائب صفة النيابة ، إذ القاضى هو الذى يعين الحارس القضائي ولو اتفق على شخصه ذوى الشأن جميعاً^(٢) . وفى رأينا أن الحارس القضائي ينوب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة^(٣) . فإن كان معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين ، كان هذا

(١) محمد على راتب فقرة ٣٣٩ ص ٨٦٧ هامش ١ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦١ - بودرى وقال فقرة ١٢٩٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٤ - نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٦٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين القاضى ناظرووقف حارساً على قطعة أرض متنازع عليها بين الوقف وجهة أخرى ، ولم يقبل الناظر حكم الحراسة ولا أن يكون حارساً ، بل استأنف الحكم طالباً رفض دعوى الحراسة ، فإن عدم قبوله للحراسة - سواء أكان تعيينه فيها بصفته الشخصية أم بصفته ناظراً - لا يجعل لمنازعه سبيلاً إلى طلب الحساب منه ولا من محل محله فى النظارة (نقض مدنى ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) . وقضى بأنه إذا اعتذر الحارس المعين من محكمة ثانى درجة عن قبول الحراسة ، فلصاحب المصلحة فى الحراسة أن يلجأ إلى هذه المحكمة نفسها طالباً تعيين آخر بدلاً منه لأداء ذات المأمورية (إسكندرية استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٨ قضية رقم ١٧٦ سنة ١٩٥٨) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ - عبد الحكيم فراج فقرة ٥٣ - وقارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤٢ - استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٩٠ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٨ - مصر الجزئية المختلطة أول فبراير سنة ١٩٣٨ جازيت ٣٠ رقم ٤٩ ص ٥٦ - وقارن استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٧ .

المدين هو الأصيل وكان الحارس القضائي نائباً عنه . وإن لم يكن معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته ، كان الحارس القضائي نائباً عن أى من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه هو المالك للمال ، فيكون نائباً عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعين^(١) .

وتثبت للحارس القضائي صفته كنائب بمجرد صدور حكم الحراسة ، شأنه في ذلك شأن الوصي والقيم وناظر الوقف والسنديك . وكل حكم يسبغ صفة على شخص يكون نافذاً في إسباغ هذه الصفة على الشخص بمجرد صدوره ، ولا يحتاج في ذلك إلى إعلانه للمحكوم عليه . وإنما يحتاج الحكم إلى الإعلان والتكليف بالوفاء إذا ألزم المحكوم عليه بأداء أمر معين ، فيعلن المحكوم عليه بالحكم ويكلف بالوفاء ودياً حتى يتقى التنفيذ الجبري وما يجره من متاعب ونفقات . أما أن تثبت للحارس صفته كنائب ، فذلك ما لا يحتاج إلى أداء أمر معين يحتمل التنفيذ الجبري ، ومن ثم تنتفي حكمة الإعلان والتكليف بالوفاء . فإن اشتمل حكم الحراسة على أداء أمر معين ، كتسليم الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، فإنه يجب عند ذلك إعلانه للمحكوم عليه وتكليف هذا بتسليم الأموال للحارس^(٢) . لكن إذا اقتصر الأمر على ثبوت صفة النيابة ، كما إذا أراد الحارس مقاضاة المستأجر للعين الموضوعة تحت الحراسة بصفته حارساً ، فالنيابة ثابتة بمجرد صدور حكم الحراسة كما قدمنا ، ولا يحارس أن يقاضى المستأجر بمجرد صدور هذا الحكم وقبل إعلانه ، ولا تدفع دعواه ضد المستأجر بعدم القبول بزعم أنها مرفوعة من غير ذي صفة^(٣) .

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ - نصر مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص ١٠٨٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥١ - فقرة ٣٥٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧٠ ص ٣٧٢ - محمد علي راتب فقرة ٣٣٢ و فقرة ٣٣٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٧ .

(٣) مصر الكلية ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ رقم ١٦٤ ص ٣٦٣ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣ - وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحارس القضائي يستحق سلطته من الحكم الذي يقيمه ، وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أي إجراء آخر . وإذن فللحارس بمجرد صدور الحكم بإقامته أن يقاضى عن العين =

٤٥٢ — ما يترتب على أنه الحارس القضائي نائب عن صاحب

الحق في المال الموضوع تحت الحراسة : سنرى فيما يلي أن العلاقة بين النائب والأصيل تتكشف عن التزامات في جانب الحارس القضائي وعن حقوق له نبحثها تفصيلاً في مكانها . ويبقى أن نبحث هنا في إيجاز علاقة الحارس القضائي بالغير الذي يتعاقد معه ، وعلاقة الأصيل بهذا الغير . وفي كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة ، كما طبقناها عندما يعمل الوكيل باسم الموكل^(١) . وقد قدمنا عند الكلام في الوكالة أن التصرف القانوني الذي يجريه

= الموضوع تحت حراسته ، ولو لم يكن حكم الحراسة قد أعلن قبل رفع الدعوى . وإذا كان القانون لا يوجب إعلان الأحكام إلا توسلاً للتنفيذ الجبري ، فلا يكون إعلان حكم الحراسة إلى المحكوم عليه واجباً إلا إذا أريد تنفيذه بتسليم الأعيان محل الحراسة (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٤ ص ٦٠٧) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١ (وقد قضى بأنه يترتب على مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أي إجراء آخر) - ويقول حكم محكمة النقض الأول في الرد على القول بأن الحراسة القضائية وديعة فلا تنفذ قانوناً في عهد التقنين المدني القديم إلا بتسليم الأعيان موضوع الحراسة : إن الحراسة القضائية ، وإن كانت تشبه الوديعة في بعض صورها في حالة وقوع الحراسة على منقول فقط ، فإن هذا لا يجعلها وديعة في طبيعتها ولا في كل أحكامها : مجموعة عمر ٥ ص ٦١٠ . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حكم الحراسة مصدر من مصادر إنشاء النيابة القضائية ، مثل الوصاية والقوامة ونظارة الوقف والوكالة عن الدائنين وغير ذلك . وكلها صفات تلحق بصاحبها كأثر من آثار الحكم أو القرار المنشئ لها ، وهو أثر حكمي ليس في طبيعته ما يستلزم التنفيذ الجبري الذي نظم إجراءاته قانون المرافعات (القديم) في الباب التاسع منه ، ذلك التنفيذ الذي يتضمن إكراه المدين على أداء أمر معين كعمل أو دين . والحكمة في اشتراط سبق إعلان الحكم والتنبيه على المدين بالوفاء قبل الشروع في التنفيذ الجبري عملاً بنص المادتين ١١٢ و ٣٨٤ مرافعات (قديم) هي تمكين المطلوب التنفيذ ضده من الوفاء ودياً بما هو مطلوب منه حتى يوقى نفسه متاعب ونفقات التنفيذ الجبري . وليس في الحكم بتنصيب الحارس ومنحه هذه الصفة - ليس في ذلك وحده إلزام المحكوم عليه بأداء أمر معين يمكن أن يفي به ودياً قبل التنفيذ به عليه جبراً ، ومن ثم تنتفي حكمة الإعلان والتنبيه في هذه الحالة . فإن اشتمل حكم الحراسة على قضاء بإلزام المحكوم عليه بشيء معين كالتسليم مثلاً ، وجب إعلان المحكوم عليه قبل التنفيذ بذلك . فالمعين حارساً من المحكمة تثبت له هذه الصفة من يوم صدور الحكم بتعيينه حارساً ، وتكون الدعوى المرفوعة منه من ذي صفة ومقبولة ، ولو لم يسبقها إعلان حكم الحراسة (استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ ص ٢٦٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ وما بعدها .

النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا إرادة الأصيل ولا الإرادة المشتركة
 لكل من النائب والأصيل . وتقضى أحكام النيابة كذلك بأن ينصرف أثر
 التصرف الذى يجريه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب .
 وعلى ذلك يقوم التصرف الذى يجريه الحارس القضائى على إرادته هو ،
 لا على إرادة الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة .
 ويترتب على ذلك أن تكون إرادته خالية من العيوب ، وإلا كان العقد الذى
 يبرمه مع الغير قابلاً للإبطال : ويكون شخص الحارس القضائى هو أيضاً
 محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً ،
 كحسب النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد^(١) .
 وعلى ذلك أيضاً لا ينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس القضائى
 إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع
 تحت الحراسة^(٢) . ولا يكون الحارس مسئولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ
 يستوجب مسئوليته ، كما إذا جاوز حدود السلطة المخولة له فى الحراسة ،
 فخرج عليه الغير بالتعويض إذا كان يجهل مجاوزة الحارس لحدود سلطته
 وكان معذوراً فى هذا الجهل^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٣ - محمد على عرفة ص ٥٤٧ -
 استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ - ٢٨ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٩ -
 ومن يتعامل مع الحارس يجب عليه أن يطلب منه إثبات صفته وسلطته (استئناف مختلط ٩ نوفمبر
 سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢) - وإذا ارتكب الحارس خطأ فى حدود نيابته ، فإنه يلزم صاحب المال
 نحو الغير ، ويرجع صاحب المال على الحارس (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨
 ص ٣٤٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) . أما إذا ارتكب خطأ خارج حدود
 نيابته ، فإنه يكون هو وحده المسئول ، كما لو باع محصول المستأجر دون وجه حق
 (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦
 ص ٢١٦) .

ومن جهة أخرى يكون الحارس مسئولاً نحو الغير عن المال الذى فى حراسته مسئولية الحارس
 عن الأشياء (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٤٧٣ - باريس ٢٨ يولييه
 سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٧) . يكون كذلك مسئولاً نحو الغير إذا ستر عنه صفته
 كحارس وأوهمه أنه هو المالك (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٩١) -
 بولكنه لا يكون مسئولاً إذا أجر الأعيان دون أن يعلم أنها أوجرت قبل ذلك (استئناف مختلط ٣ يناير
 سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٠٠) .

وعلى ذلك أخيراً لا ينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس إلى صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة إذا خرج هذا التصرف عن حدود نيابته ، كأن خرج عن حدود أعمال الحفظ والإدارة المخولة له بموجب القانون أو بموجب حكم الحراسة ، وتصرف مثلاً بالبيع فى المال الموضوع تحت حراسته ، أو أجر المال بالممارسة وكان حكم الحراسة يلزمه بأن يؤجر بالمراد ، أو أبرم عقداً بعد انتهاء الحراسة أو بعد صدور حكم القضاء بعزله^(١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الاحتجاج على المالك بعقد الإيجار إذا كان قد صدر باطلاً ممن لا حق له فى التأجير أو ممن جاوز حدود حقه فى الإدارة ، كالحارس القضائى الذى يخرج على قواعد التأجير الصالح النافع للمصلحة المشتركة^(٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم سريان عقد الإيجار الذى أبرمه الحارس لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، مجاوزاً حدود نيابته بعدم حصوله على ترخيص من المحكمة يحيز له تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات^(٣) . على أنه إذا أقر الأصيل الأعمال التى جاوز فيها الحارس حدود سلطته ، تقيد بها وأصبحت ملزمة له^(٤) .

٤٥٣ — تنهى الحارس القضائى عن الحراسة : إذا جدد عند الحارس القضائى أسباب تجعل مضيه فى الحراسة متعذراً ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر أو عجز عن العمل أو قامت صعوبات أمامه من الخصوم المتنازعين فى سبيل تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح أو ضاق وقته عن القيام بأعمال الحراسة ، جاز أن يطلب إعفائه من مهمته . ويرفع الطلب إلى المحكمة التى عينته ولو

(١) انظر فى كل ذلك استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٤ - ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ - محمد على راتب ٣٤٨ .

(٢) نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٨ ص ٢٥٧ - وفى الحراسة الاتفاقية قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلاً ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٢٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٥ .

كانت محكمة ثانية درجة ، كما يجوز أن يرفع الطلب إلى القضاء المستعجل ولو لم يكن هذا القضاء هو الذى عينه وذلك عند الاستعجال^(١) .

وتقدر المحكمة أسباب التنحي ، فإن رأتها وجهة أعفت الحارس من الحراسة وعينت آخر مكانه ، وإلا رفضت التنحي وألزمت الحارس بالبقاء في الحراسة التي سبق له أن قبلها^(٢) .

٤٥٤ — طلب عزل الحارس القضائي واستبدال آخر به : وقد

توجه إلى الحارس مطاعن تستوجب عزله ، كما إذا قام الدليل على أنه ينحاز لبعض الخصوم المتنازعين ، أو يهدل إدارة الأعيان إهمالاً يضر بأصحابها ، أو يسهل حفظها بما يجعلها عرضة للتلف أو الهلاك أو الضياع ، أو يتصرف في الربح تصرفاً غير أمين ، أو يبذل هذا الربح أو يبذل الأموال الموضوعة تحت حراسته^(٣) . بل يجوز طلب استبدال حارس تتوافر فيه الصفات المطلوبة ويقبل الحراسة دون أجر بالحارس الذى سبق تعيينه بأجر ولو لم توجه إلى هذا الأخير أية مطاعن تستوجب عزله ، ويكون إحلال حارس بغير أجر محل حارس بأجر سبباً كافياً لجواز الاستبدال^(٤) .

وترفع دعوى عزل الحارس واستبدال غيره به أمام القضاء المستعجل عند

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦ - ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٨٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ - مصر مستعجل ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية ٦ عدد ٣٠ ص ١٠ .

(٢) انظر في هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٤٢٢ - محمد على راتب فقرة ٣٥٦ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٦ - وقد قضى بأن الحارس لا يمكنه أن يتخلى عن حراسته بمجرد إرادته، ولا يقبل منه التخلي إذا اتضح أن هذا يلحق ضرراً بالمتخاصمين (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص ٤٧) .

(٣) استئناف وطني ١٠ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٣٢ - أو يطلى في أعمال إدارته أو في تقديم الحساب أو يعرقل أعمال الخير (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٢) - أو تنزع ملكيته من بعض أمواله ويقف موقف المعسر (مصر الكلية ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المخامة ١٩ رقم ٢٩٦ ص ٧٢٣) - أو يرسي المزاد على أخيه وينفق مصروفاته منال فيها (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٦) - أو يختلف الحراس المتعددون على الإدارة (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المخامة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ - محمد على عرفة ص ٥٥٥ .

الاستعجال . ويجوز رفعها أيضاً أمام المحكمة التي عينت الحارس ، إلا إذا كان الحارس قد عين من محكمة ثانية درجة فيتعين رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة أول درجة^(١) . وهذا بخلاف تنحي الحارس ، فقد تقدم أنه يجوز رفع طلب التنحي إلى المحكمة التي عينت الحارس ولو كانت محكمة ثانية درجة لأن التنحي ليس خصومة تقتضي أن تنظر أمام درجتين^(٢) . ويجوز رفع دعوى العزل والاستبدال من أي شخص له مصلحة فيها ولو لم يكن نفس الشخص الذي طلب تعيين الحارس^(٣) ، كما يجوز أن يتدخل في الدعوى كخصم ثالث كل من له مصلحة في طلب عزل الحارس ، أما من ليست له مصلحة فليس له التدخل^(٤) . وترفع الدعوى في مواجهة الخصوم في دعوى الحراسة^(٥) وفي مواجهة الحارس المطلوب عزله . ويجوز في حالة الاستعجال الشديدي رفع طلب العزل والاستبدال بعريضة تقدم إلى قاضي الأمور الوقفية ، ويصدر هذا أمراً على العريضة بعزل الحارس وبتعيين حارس آخر مكانه^(٦) .

وتفحص المحكمة - القضاء المستعجل^(٧) أو المحكمة التي عينت الحارس - ظاهراً المستندات ، فإذا تبينت جدية المطاعن التي وجهت إلى الحارس ، قضت بعزله واستبدال آخر به^(٨) ، أو قضت بإقامة حارس آخر معه إذا رأت في هذا

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٣ .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٠ هامش ٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ .

(٤) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٢ هامش ١ ويشير إلى إسكندرية مستعجل ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ١٥٩٠ سنة ١٩٥٣ .

(٥) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٠ - المنيا الجزئية ٩ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١٠٩٥ .

(٦) بودري وقال فقرة ١٢٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٣٩ - محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠١ .

(٧) - وقد قضى بأن قاضي الأمور المستعجلة مختص في حالة الاستعجال بنظر دعوى إقالة الحارس من الحراسة ، ولو كانت دعوى الموضوع التي ترتب عليها تعيين الحارس منظورة أمام محكمة الاستئناف (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص ٤٧) - وانظر استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٨٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ .

(٨) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعنين الثلاثة الأولين أقاموا =

الإجراء ما يكفي وأن فيه مصلحة لطرفي الخصومة . ويجوز في هذه الحالة للحارس المعزول استئناف الحكم بعزله ، ولو لم يتعرض هذا الحكم للاتهامات المسندة إليه مادام أنه لم ينفها عنه^(١) . أما إذا رأت المحكمة أن المطاعن غير جدية ، أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعي عزل الحارس كأن نسب إليه أنه تأخر في تقديم كشوف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله^(٢) ، أو أن ظاهر المستندات لا يكفي في ترجيح إحدى وجهتي النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى فحص موضوعي كالتحقيق أو ندب خبير أو توجيه التيمين أو تطبيق المستندات على الطبيعة ، فإنها تقضى في جميع هذه الأحوال بعدم الاختصاص لانعدام عنصر الاستعجال . ومن ثم يبقى الحارس ، وعليه أن يؤدي حساباً للدوى الشأن ، ولهم مقاضاته أمام محكمة الموضوع المختصة بنظر الحساب ، وهذه المحكمة هي التي تقوم بالفحص الموضوعي من تحقيق وتعيين خبير وما إلى ذلك^(٣) .

وبمجرد صدور الحكم بعزل الحارس ، يفقد صفته دون حاجة لإعلانه بهذا الحكم ، كما كسب صفته بمجرد صدور الحكم بتعيينه . وجميع التصرفات التي يجريها بعد صدور الحكم بعزله تعتبر صادرة خارج حدود نيابته .

= الدعوى بطلب عزل المطعون عليه من الحراسة على السيارة موضوع النزاع ، تأسيساً على أنه خالف الحكم القاضي بتعيينه إذ انفرد بقبض بعض مبالغ عن إيراد السيارة واستباحها لنفسه ، وكان الحكم المطعون فيه ، إذ استبعد البحث في الأوراق المقدمة من المطعون عليه والتي طعن أحد هؤلاء الطاعنين فيها بالتزوير ، قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها ، مع أنه باستبعاد هذه الأوراق يبقى في الدعوى ما يؤسسها عليها الطاعنون من أن المطعون عليه قبض مبالغ من الشركة المستغلة للسيارة ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها ، مستدلين على ذلك بالكشف الصادر من هذه الشركة ، وهو ما أخذ به الحكم الابتدائي وخلا الحكم المطعون فيه من التحدث عنه ، فإن هذا الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه ، إذ هو اطرح الدليل الذي اعتمد عليه الطاعنون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان (نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٣ ص ٩٨٤) .

(١) نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ - استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ .

(٣) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٨٩٩ - ص ٩٠٠ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٧ -

فقرة ٣٣٩ - ولا يكفي توجيه مطاعن غامضة غير محددة على إدارة الحارس (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٥) .

الفصل الثاني

آثار الحراسة

(التزامات الحارس وحقوقه)

٤٥٥ — نص قانوني — يبين التزامات الحارس ومقومه : تنص المادة ٧٣٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٩ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٣ — ولأقابل للنص في التقنين المدني العراقي — ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢٠/٣ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٨ — ص ٢٨٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢٠/٣ : إن حقوق الحارس وموجباته تحدد في قرار المحكمة القاضي بتعيينه ، وإلا فهي تخضع للقواعد المختصة بالحارس بالاتفاق . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الحراسة اتفاقية ، فإن عقد الحراسة يبين سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق . أما إذا كانت الحراسة قضائية ، فإن الحكم القاضي بالحراسة هو الذى يبين ذلك . وقد ينص ، فى منطوقه أو فى أسبابه ، على تضيق سلطة الحارس ، كأن ينص على حق الحارس فى زراعة الأتبان الموضوعة تحت الحراسة أو فى تأجيرها بالمزاد العلنى ، فلا يجوز تأجيرها بالممارسة^(١) ، أو فى التأجير مدة لا تزيد على سنة بدلاً من ثلاث سنوات ، أو ينص الحكم على عمل الحرد بشكل معين أو بحضور أشخاص معينين ، أو على منع الحارس من بعض أعمال الإدارة بالذات ، أو على ضم حارس آخر إليه بحيث لا يجوز لأيهما الانفراد بالعمل^(٢) . وقد ينص الحكم على توسيع سلطة الحارس ، كأن يجيز له التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو الانفراد بالعمل مع وجود حارس منضم ، أو الإعفاء من التقدم بحساب سنوى والاكتفاء بحساب عند انتهاء الحراسة ، أو القيام ببعض أعمال التصرف كإجراء تحسينات فى الأعيان أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو ما يتكلف حفظه نفقات جسيمة^(٣) . ويجب فى جميع الأحوال أن يلتزم الحكم ، فى بيان سلطة الحارس ، حدود الإجراءات التمهيدية المؤقتة دون مساس بموضوع الحق^(٤) .

فإذا خلا الاتفاق أو الحكم من بيان سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق ، فإن القانون قد تكفل ببيان ذلك . والأصل هو تطبيق

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥ .

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٤٦ ص ٨٨١ .

(٣) كذلك يجوز للمحكمة تعديل مأمورية الحارس القضائى إذا تنيرت وقائع الدعوى أو حصل تعديل فى مركز الخصوم القانونى . فإذا كان حكم الحراسة قد قضى بإلزام الحارس بإيداع صفائى ريع الأموال الموضوعة تحت الحراسة خزانة المحكمة لوجود نقود فى الشركة تكنى لوفاء دين للبنك ، ثم شرع البنك فى نزع ملكية الأتبان المرهونة ، جاز تعديل مأمورية الحارس والترخيص له فى وفاء الدين من الريع بدلاً من إيداع الريع خزانة المحكمة (محمد على راتب فقرة ٣٥٨) . وقضى بأنه يجوز مد الحراسة إلى الزراعة المحجوز عليها والقائمة على الأرض الموضوعة تحت الحراسة ، وذلك لجمعها وبيعها (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٠) .

وانظر فى هذه المسألة محمد على راتب فقرة ٣٥٨ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ .

أحكام الوديعة وأحكام الوكالة ، مع عدم الإخلال بالأحكام التي أوردتها في نصوص سيأتي ذكرها .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص ومن أحكام الوديعة والوكالة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده وبما يلتزم به الوكيل ، وهذه الالتزامات هي التي تحدد في الوقت ذاته سلطته . وللحارس حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل .

ولما كانت التزامات المودع عنده هي تسلم الشيء والمحافظة عليه ورده ، وكانت التزامات الوكيل تنفيذ الوكالة (وتنفيذ الوكالة في الحراسة هو إدارة الأموال) وتقديم حساب عنها ورد ما يكون للموكل عند الوكيل ، فإنه يخلص من إدماج هذه الالتزامات بعضها ببعض أن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، يلتزم بما يأتي : (١) تسلم المال والمحافظة عليه . (٢) إدارة المال . (٣) تقديم الحساب . (٤) رد المال (١) .

ولما كانت حقوق المودع عنده هي تقاضي الأجر واسترداد المصروفات والتعويض ، وكانت حقوق الوكيل هي نفس حقوق المودع عنده ، فإنه يخلص من ذلك أن حقوق الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، هي : (١) تقاضي الأجر . (٢) استرداد المصروفات والتعويض (٢) .

فنبحث : (أولاً) التزامات الحارس . (ثانياً) حقوق الحارس (٣) .

(١) ويقوم التضامن فيما بين الحراس المتعدين في هذه الالتزامات ، في الحدود التي يقوم فيها بين الوكلاء المتعدين . (انظر آنفاً فقرة ٢٦٠) ، إذ أن أحكام الوكالة تسري على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة التزامات الحارس وحقوقه . فإذا لم يحدد شيء من ذلك ، تسري في شأنه أحكام المواد ١٠٢٠ إلى ١٠٢٤ . وتكمل أحكام هذه المواد بأحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي يتفق مع طبيعة الحراسة ، لأن الحارس منوط به حفظ الشيء كالوديعة ، وإدارته كالوكيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٠ ص ٢٨٨) .

ويقوم التضامن فيما بين طرفي الخصومة نحو الحارس كما سئرى (انظر ما يلي فقرة ٤٧٩) . (٣) والذي يطالب الحارس بالتزاماته ويطلبه الحارس بحقوقه هو صاحب المال الموضوع تحت الحراسة ، أو من يظهر أنه صاحب المال بعد حسم النزاع ، ويكون ذلك عادة بعد انتهاء الحراسة ورجوع المال لصاحبه .

الفرع الأول التزامات الحارس

المبحث الأول

تسليم المال والمحافظة عليه

٤٥٦ — نص قانوني : تنص المادة ٧٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « ١ — يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال الموهدة إليه حراستها »
 وبإدارة هذه الأموال . ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد » .
 « ٢ — ولا يجوز له ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن ، دون رضا الآخرين »^(١) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص ، ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري .
 المادة ٧٠٠ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٤ — ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي — ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٧٢٢ والمادة ٧٢٦^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢٠ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٩ — ص ٢٩١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

١ تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشيء وإدارة شئونه .

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتماً بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

٤٥٧ — التزام الحارس بتسليم المال : يبدأ الحارس بتسليم المال الموضوع تحت الحراسة ، ويتسلمه من يد حائزه . وكما أن التسليم التزام في جانب الحارس ، هو أيضاً حق يستطيع أن يتقاضاه عند الحاجة بطريق التنفيذ الجبرى ، إذا كانت الحراسة قضائية ، بموجب حكم الحراسة بعد إعلان الحكم للحائز وتكليفه بالتسليم^(١) .

ويقوم بمجرد المال عند تسلمه ، أو يراجع محضر الجرد الذى يكون قد جرد من قبل^(٢) . ويثبت في المحضر المال الذى نص الحكم على فرض الحراسة عليه وتوابعه على النحو الذى بيناه فيما تقدم^(٣) .

وقد يكون التسليم حكماً بأن يكون المال موجوداً في يد الحارس من قبل ، كما إذا كان أحد الخصمين هو الذى عين حارساً وكان المال في يده ، فيبقى المال في يده ولكن على سبيل الحراسة .

ولما كانت الحراسة لاتنقل ملكية المال إلى الحارس ، بل يبقى المال ملكاً لمصاحبه أولئك سيحكم له بالملك بعد حسم النزاع ، فإن تبعة هلاك المال بعد التسليم تكون على المالك ، وقد قدمنا مثل ذلك في الوديعة^(٤) .

٤٥٨ — التزام الحارس بالمحافظة على المال : يلتزم الحارس بالمحافظة على المال الذى تسلمه ، والتزامه بالمحافظة عليه كالتزام المودع عنده بالمحافظة على المال المودع التزام ببذل عناية . وقد وضع المشرع معياراً لهذه العناية هو « عناية الرجل المعتاد » ، إذ يقول في الفقرة الأولى من المادة ٧٣٤ مدنى مسالفة الذكر : « ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد » . وفي هذا تختلف الحراسة عن الوديعة ، فقد قدمنا في الوديعة أنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر فيجمع ما بين المعيارين الشخصى والمادى ويكون المودع عنده ملزماً بأن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨١ — محمد على راتب فقرة ٣٤٠ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٤٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٣ .

أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر فيكون المعيار مادياً ويجب على المودع عنده أن يبذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد^(١). أما هناك في الحراسة فالمطلوب من الحارس في جميع الأحوال - أى سواء كان الحارس بأجر كما هو الغالب أو كان بغير أجر كما يقع في بعض الأحيان - هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها في حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مستولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . ومن هنا نرى أن مسؤولية الحارس في المحافظة على المال تزيد في مجموعها على مسؤولية المودع عنده ، ويظهر ذلك فيما إذا كان الحارس غير مأجور وكانت عنايته الشخصية تقل عن عناية الرجل المعتاد إذ يبقى مع ذلك ملزماً ببذل عناية الرجل المعتاد . ويعمل ذلك عادة بأن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، بخلاف المودع عنده ، مفروض إلى حد ما على طرفي النزاع بحكم ظروف المنازعة ، فليس لهذين الحريّة الكاملة في وضع المال تحت الحراسة ولا في اختياره ، ومن ثم تشدد المشرع في مسؤوليته^(٢) .

وتطبيقاً لذلك يلتزم الحارس بصيانة المال الموضوع تحت حراسته . فإن كان أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يزرعها طبقاً للأصول المألوفة في الزراعة ، أو أن يؤجرها ويطالب المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد في صيانة الأرض وزراعتها . وإن كان مبنى ، وجبت عليه صيانته وحفظه من التداعى والسقوط . وإن كان آلات أو بضائع أو منقولات ، وجب عليه حفظها من

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال وإدارتها إدارة حسنة ، فيطلب منه أن يبذل فيها عناية الرجل المعتاد (م ١٠٢م فقرة أولى) ، ولا يكتفى منه بالعناية التي يبذلها عادة في شؤونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما في الوديعة والوكالة . وذلك لأن ظروف المتنازعين هي التي فرضته إلى حد ما عليهم ، فلم يملك كل منهما ملء حريته في وضع المال تحت الحراسة وفي تعيين شخص الحارس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٠) . وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٧ - محمد عل رشدى فقرة ٢٧٤ - محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٧٠ وهامش ١ (عكس ذلك محمد على راتب الطبعة الثالثة فقرة ٨٣٦) - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٢١ - وقرب لبيتنايف مختلط ٣٠ يناير

التلف والهلاك والضياع^(١) . ويجب عليه ألا يقتصر في الحفظ على الأعمال المادية ، بل يجاوز ذلك إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المال . فيقطع التقادم ، ويقيد الرهن ، ويجدد القيد ، ويوقع الحجز التحفظية ، ويرفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى الحيابة^(٢) ، ويدافع في القضايا التي ترفع على الحراسة^(٣) . وإذا كان حارساً على تركة وجب عليه رفع دعاوى إبطال الهبات الصادرة من المورث لإضراراً بحقوق الدائنين^(٤) ، أو حارساً على عقارات المدين لصالح الدائنين وجب عليه رفع دعاوى الصورية في التصرفات التي صدرت من المدين لإضراراً بالدائنين وكذلك الطعن في التصرفات التي صدرت من المدين مخالفة للقانون أو عن طريق التواطؤ^(٥) . وإذا تصرف الحارس في المال الموضوع تحت حراسته أوفى ريعه ، اعتبر مبدداً وعوقب بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات . وإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد فنجم عن ذلك ضرر ، كان مسئولاً عن التعويض لمن يثبت له الحق في المال بعد حسم النزاع^(٦) .

(١) وإذا كانت مصابة ببعض التلف ، وجب عليه منع تفاقمه وإصلاحه (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للحارس على عقارات إجراء ما يجب لصيانتها من أي اعتداء ورفع دعاوى الحيابة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٧٦٨ هامش ٣) . ولم تفصل محكمة النقض في هذه المسألة لأن الطعن بالنقص ليس جائزاً في حكم يصدر من محكمة استئنافية لمحكمة جزئية (نقض مدني ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٨) .

(٣) استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .

(٥) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط أول ماشو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٢ - أما إذا كانت التصرفات الصادرة من المدين لا مطعن عليها ، فإنه يجب على الحارس احترامها وتنفيذها (استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٩ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٤ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥٣ ص ٣٥٣ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ -

ويأخذ الحارس النفقات اللازمة للمحافظة على المال على الوجه السالف الذكر من نفس المال أو من ريعه ، وإذا لم يوجد في يده نقد للصرف منه ولم يمدّه أصحاب الشيء بالنقود اللازمة جاز له الاقتراض بغير فائدة أو بفائدة . ويشترط في جميع الأحوال أن يراعى القصد في الانفاق ، فلا يبالغ فيه (١) .

٤٥٩ - عدم جواز إهمال أحد ذوى الشأن في المحافظة على المال :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز له (الحارس) ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، أن يحل محله في أداء مهمته ، كلها أو بعضها ، أحد ذوى الشأن ، دون رضا الآخرين » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « وعلى كل حال لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال أو إدارته كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه ، أم بطريق غير مباشر كالتأجير إليه ، إلا إذا كان ذلك برضاء ذوى الشأن » (٢) .

ونخلص من ذلك أنه لا يجوز للحارس أن ينزل عن مهمته في حفظ المال لأحد من طرفي النزاع ، ولا يجوز له أن يودع هذا المال أحداً منهما ، وذلك ما لم يرض الطرف الآخر ، فإن في تسليط أحد طرفي النزاع على حيازة المال أو على أعمال حفظه وصيانته دون رضا الطرف الآخر ، قبل الفصل في موضوع النزاع ، خطراً على مصالح الطرف الآخر ، وهو نفس الخطر

٤٠٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤-١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣١ - مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٦ - وإذا ترك الحارس الأجرة تسقط بالتقادم ، كان مسئولاً (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣١) .
١ (١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - فلا يجوز له إجراء تحسينات في العين بغير إذن من القضاء أو موافقة من ذوى الشأن ، أو أن ينفق مصروفات كالية (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٨) . وانظر في ذلك محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ - والنص مأخوذ من المادة ١٨٢٦ من تقنين كوزنيك وتنص على أنه « لا يجوز تأجير الشيء الموضوع تحت الحراسة ، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، لأحد طرفي المنازعة التي قامت في شأنه » . فعم النص ولم يقتصر على التأجير ، بل شمل بجميع الأعمال التي تصدر من الحارس .

الذى أريد تفاديه بوضع المال تحت الحراسة ، فلا يجوز للحارس أن يأعمالاً يتعارض مع الغرض الأساسى من الحراسة (١) .

أما إذا كان من يكل إليه الحارس حفظ المال أو بعضه ليس أحداً من طرفى النزاع ، فإن نص المادة ٧٣٤/٢ مدنى لا يشمل هذا الفرض ، فوجب الرجوع إلى أحكام الوديعة فى ذلك . وتنص المادة ٧٢١ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » . فلا يجوز إذن للحارس أن ينوب عنه أجنبياً من غير ذوى الشأن فى حفظ المال إلا بموافقة ذوى الشأن جميعاً ، أو إلا إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (٢) .

٤٦٠ — الحارس ومدة هو ذو الصفة فى جميع أعمال الحفظ : والمحافظة على المال على الوجه الذى يسطناه فيما تقدم هو التزام فى ذمة الحارس ، وهو فى الوقت ذاته ولاية له وسلطة ، يتولاها وحده دون المالك للمال ، ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه . ولا يجوز رفعها من مالك المال ولا عليه ، لانعدام صفته . وهذا الحكم مستخلص من معنى الحراسة ، إذ الحراسة غل ليد المالك فيما هو من شئونها . ومن أهم هذه الشئون حفظ المال ، فيكون للحارس وحده دون المالك الولاية على هذا الحفظ (٣) .

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٩ — محمد على راتب فقرة ٣٤٣ .
 (٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠ — مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ — ويجوز للحارس أن يستعين بالموظفين اللذين لمعاونته فى القيام بأعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤) .
 (٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ — ص ٨٧٠ .
 وفقرة ٣٥٤ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١ .

ولكن ذلك لا يسلب من كان واضعاً يده قبل الحراسة على المال حيازته إياه ، ويترتب على ذلك أن الحراسة لا تقطع التقادم ، فالحائز قبل الحراسة يستمر حائزاً بعدها ، ويستمر سريان التقادم لمصلحته ولا ينقطع برفع يده بسبب الحراسة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عهد البنك العقارى حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد حائزها عنها ، فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم ، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه

ويؤكد ذلك ما قدمناه من أنه لا يجوز للحارس أن يعهد لأحد من ذوى الشأن في القيام بأي عمل من أعمال حفظ المال وصيانه^(١).

المبحث الثاني

إدارة المال

٤٦١ — نص قانوني : تنص المادة ٧٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :
« لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء »^(٢) .
ولامقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

= الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك نفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفي منها دينه ثم يرد ما بقي منها للمالك (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى قد تمسك بوضع يده المدة الطويلة المكسبة للملك على القدر المبيع له بمقتضى عقد عرفي ثابت التاريخ قبل سنة ١٩٢٤ حتى انتزعه من تحت يده مشتر آخر بمقتضى عقد مسجل ، ودفع هذا المشتري الآخر بانقطاع التقادم المدعى به بوضع الأطنان المتنازع عليها تحت الحراسة لدين عليها للبنك ، فأخذت محكمة الاستئناف بهذا الدفع ، واعتبرت الحراسة قاطعة للتقادم على أساس أنها لم تكن لحساب المشتري الأول بل كانت لمصلحة البنك . ولحساب البائع . ومع ذلك لم تبين في حكمها سبب وضع الأطنان تحت الحراسة ، ولا نوع هذه الحراسة ، ولا اليد التي انتزعت منها الأطنان ، ولا تاريخ هذا الانتزاع ، ولا تاريخ انتهاء الحراسة ، ولا الغرض منها ، ولا الكيفية التي جرى عليها الحساب بين المشتري الأول والبائع لمعرفة ما إذا كان البائع حاسب هذا المشتري على ما استحق له من غلة العين مدة الحراسة وما استحق له هو من أقساط الثمن مما قد يدل على صحة ما ادعاه المشتري من أن هذه الحراسة لم تخرج العين من يده قانوناً وأنها لذلك لا تقطع التقادم ، فهذا قصور في بيان الظروف الواقعية لا تستطيع معه محكمة النقض أن تراقب الحكم فيما كيف به الحراسة ، وتقف على صحة ما ارتآه فيها من اعتبارها قاطعة للتقادم (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠١ ص ٢٩٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ — محمد علي راتب فقره ٣٤٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢١ من المشروع التمهيلي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٥ . (مجموعة

الأعمال التحضيرية • ص ٢٩١ — ص ٢٩٢) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٧٠١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٥ - ولامقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٧٢٢ - ٧٢٣ و ٧٢٥ - ٧٢٦ (١).

ويضاف إلى النص المتقدم نص المادة ٧٣٤ مدني سالف الذكر ، وهو يقضي بأن يلتزم الحارس بإدارة الأموال المعهودة إليه حراستها ويجب أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوي الشأن دون رضا الآخرين (٢) . ويخلص من كل ذلك أن الحارس يلتزم بإدارة المال ، وأن هذا الالتزام هو في الوقت ذاته سلطة . فالحارس سلطة واسعة في الإدارة ، وسلطة محدودة في التصرف ، وهو لا يستطيع أن ينزل عن سلطته لأحد ذوي الشأن دون رضا الآخرين ، ويكون له وحده دون المالك الصفة في مباشرة ما يدخل في سلطته ، فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب.

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشيء وإدارة شؤونه . ويلزمه أن ينتج كل ما يمكن إنتاجه منه .

م ٧٢٣ : لا يجوز للحارس أن يقوم بأي عمل من أعمال التفرغ أو الانتقال ، ما خلا الأعمال الضرورية منها لمصلحة الشيء المحبوس - وإذا كانت الحراسة وافقت على أشياء قابلة للتلف ، جاز أن تباع بترخيص من القاضي ، فيكون حينئذ موضوع الحراسة يدل البيع .
م ٧٢٥ : إذا كانت الحراسة غير مجانية ، فالحارس مسئول عن كل خطأ في إدارته ، وفقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتماً بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن مسئولية الحارس غير المأجور في التقنين اللبناني أخف من مسئوليته في التقنين المصري) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٦ .

٤٦٢ - سلطة الحارس في الإدارة : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة ، كالأيجارات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة »^(١). فالحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، نائب عن صاحب المال فى أعمال الإدارة ، وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة^(٢) . وقد رأينا أن المادة ٧٠١ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن « ١ - الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة . ٢ - ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ ، والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) وترتيباً على ذلك يكون للحارس على مال موقوف - كما تقول محكمة النقض - من السلطة ما للناظر عليه ، فهو يملك التحدث عن شؤون الوقف ، إلا أن يحكم الذى أقامه من مهمته . فإذا كان الحكم الذى أقام الحارس لم يقيد فى الإدارة ، فإنه يكون له - كناظر الوقف - سلطة الترخيص بنير إذن من القاضى فى إحداث بناء فى الوقف ليكون بلهجة الوقف متى كان فى ذلك مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف ، وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة ناظر مؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواء (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأن المادة الثانية من القانون ٢٤٧ سنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية تنص على أنه إذا كان الوقف على جهة بر ، كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف ، ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم ، كما تقتضى الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور بأن على من انتهت فظارته أن يسلم أعيان الوقف لوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء فظارته ، وبأن ناظر الوقف يعد حارساً عليه حتى يتم تسليم أعيانه . وإذن متى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظراً عليه ، فقد زالت صفته كناظر للوقف ، وإن بقيت له صفة الحراسة طالما أنه لم يثبت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف . وهذه الصفة تخول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف لما فى اتخاذ هذا الإجراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحمق بالوقف ، ولكن ورثة هذا الحارس لا تنتقل إليهم صفة الحراسة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥) .

وبيع البضاعة أو المتقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله « (١) .

ففى الصلدر من أعمال الإدارة التى يقوم بها الحارس الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات (٢) . ويجوز كما قلنا (٣) أن يضيق حكم الحراسة أو الاتفاق من هذه السلطة أو أن يوسع فيها ، فلا يجوز للحارس مثلاً أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجوز له أن يؤجر لمدة تزيد على ثلاث سنوات . وإذا سكت الحكم أو الاتفاق عن تعيين المدة ، كان للحارس أن يؤجر لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة . وتنص المادة ٥٩٩ مدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » . ويخلص من هذا النص أن للحارس ، حتى إذا لم يعطه حكم الحراسة السلطة فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أن يؤجر لمدة أزيد بشرط أن يحصل على إذن فى ذلك من المحكمة التى عينته (٤) . وقد جرى العرف فى الحراسة أن يكون التأجير بطريق المزايا العلنى دفعاً لكل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد كانت سلطة الحارس فى التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات محل خلاف فى عهد التقنين المدنى القديم ، فرأى يستوجب إذنأ خاصاً فى ذلك (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٩) ، والرأى الراجع كان الجواز دون إذن خاص (محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧١ هامش ٢) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف وأجاز للحارس التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات دون إذن خاص ، وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة كالأيجارات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) أى قاضى الأمور المستعجلة أو محكمة الموصوع بحسب الأحوال . ونرى جواز الحصول على الإذن هنا بأمر على عريضة . وعندما كانت المحاكم الشرعية قائمة ، قضى بأنه فى حالة تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، يحصل الحارس على الإذن من المحكمة الشرعية لا من المحكمة المدنية (المنصورة المختلطة ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٨ رقم ١٥١ ص ١٦٧) . والصحيح أن الحارس يحصل على الإذن من المحكمة المدنية التى عينته فى جميع الأحوال ، ولو كانت العين المؤجرة عيناً موقوفة (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩) .

شبهة ، فإذا أجر الحارس بالممارسة وجب عليه أن يثبت أنه كان مضطراً إلى ذلك^(١) . وقد يقيد حكم الحراسة بأن يكون التأجير دائماً بالمراد العلني ، كما سبق القول^(٢) . ومادام الحارس يملك سلطة التأجير ، فإنه يملك تبعاً لذلك سلطة قبض الأجرة وإعطاء المخالصة بها ، ورفع الدعوى ضد المستأجر لمطالبته بها وإخراجها من العين المؤجرة ولغير ذلك من الأمور التي تستند إلى عقد الإيجار^(٣) . ولكن لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر ، أو أن ينزل عن جزء من الأجرة ، لأن هذه من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فتقتضي موافقة ذوى الشأن أو إذن المحكمة^(٤) .

وجوز للحارس أن يزرع الأطنان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هي خير طريقة للاستعمال ، أو إذا لم يتقدم مستأجر يعرض الأجرة المناسبة . وفي هذه الحالة يدخل بعض أعمال التصرف في سلطة الحارس بطريق التبعية لأعمال الإدارة ، فيجوز له أن يشتري البذور والسماد والمواشي

(١) كأن يثبت أنه لا يوجد إلا مستأجر واحد يمكن التأجير له ، أو أن طريقة الممارسة هي الطريقة الممكنة في الجهة المنعزلة التي توجد فيها الأطنان (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤١ - محمد علي راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧١ هامش ٢) . وإذا كن التأجير بالممارسة ، كان للحارس أن يختار الشخص الذي يؤثر له ، بشرط أن يراعى في اختياره المصلحة (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣) ، فإذا أجر بغبن فاحش كان مسئولاً عن الضرر الذي نشأ من سوء إدارته (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٦ ص ٣٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ - ولا يجوز للمالك تحويل الأجرة بعد وضع الحراسة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٦) ، كما لا يجوز لناظر الوقف أن يحول ريعه بعد الحراسة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) ، ولا أن يقبض المستحق للخيرات (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣) .

(٤) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٣ - انظر عكس ذلك وأن للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة : استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠ - وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٢ - ٣٤٣ .

ولا يجوز للحارس أن يبرم إيجاراً يخرج عن حدود الإدارة الحسنة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٤) .

والآلات اللازمة للزراعة ، كما يجوز له أن يبيع المحصول^(١) .

ويدخل في سلطة الحارس ، كعمل من أعمال الإدارة ، استيفاء الحقوق وإعطاء مخالفات بها للمدينين بإيداع المقبوض لحساب صاحب المال . وله أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استئصال شيء منها ، ولكن لا يجوز أن يؤجل دفعها إلا بإذن خاص . ويرفع الدعاوى ، ويتخذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الحقوق ، ومن ذلك توقيع الحجز المختلفة^(٢) . كذلك يوفى الحارس الديون مما يكون بيده من أموال أو من ريع هذه الأموال . وللحارس أن يستوفى الحقوق ويوفى الديون بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل فيه مصلحة ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق ، وأن يصالح على الدين إذا كان في الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه^(٣) .

ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً التأمين من الحريق ومن السرقة وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف بأن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة ، بل إن هذه تعتبر كذلك من أعمال الحفظ والصيانة ، فتدخل بهاتين الصفتين في سلطة الحارس . ويمكن القول بوجه عام إن جميع أعمال الإدارة المخولة

(١) وله أن يقترض من المال ما يلزم لإنجاز هذه الأعمال إذا لم يقدم الخصوم له هذا المال (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩) . ويعتبر داخلاً في أعمال الإدارة شراء الحارس الفحم والسجاد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) ، وبيع المحصول المستقبل لشراء البذور (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) . ومع ذلك فليس الحارس ملزماً بزراعة الأرض بنفسه ، وقد قضى بأنه ليس ملزماً بأن ينفق من ماله الخاص على زراعة الأرض المؤجرة والموضوعة تحت الحراسة ، خصوصاً مع وجود المعدات اللازمة لإدارتها من قبل المستأجر والضامن له ، ومن عدم وجود أموال لديه للصرف ، ولضعف تربة الأرض مما ترجح معه الخسارة ، وكل ما هو مسئول عنه هو إدارتها بطريقة حسنة سواء بالتأجير أو بغيره (شيبين الكوم الكلية ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢١٤ ص ٤٢٧) .

(٢) وقد قضى بأن للحارس رفع الدعاوى لحفظ الحقوق والدفاع في القضايا التي ترفع على هيئة الحراسة (استئناف مصر ٥ مارس سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٧٩ ص ١٥) ، وله أن يطعن في عقود الإيجار السورية أو المعقودة غشاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) .

(٣) وقد قدمنا أنه لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر (انظر آنفاً نفس الفقرة) ، على اعتبار أن الأجرة لها ضمانات تكفلها وتجعل الصلح لا ضرورة له . ومع ذلك فقد رأينا أن هناك من يذهب إلى جواز الصلح مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

للوكيل وكالة عامة ، والتي بسطناها تفصيلاً فيما تقدم (١) ، تدخل في سلطة الحارس (٢) .

وللحارس أن يستعين بالموظفين والعمال الذين يحتاج إليهم في أعمال الإدارة (٣) .

وينفق الحارس لأعمال الإدارة ، كما ينفق لأعمال الحفظ ، من المال الذى تحت يده أو من ريع هذا المال . وإذا اقتضت الضرورة ، أن يقرض بغير فائدة أو بفائدة ، جاز له ذلك ، ما لم يمدّه أصحاب الشأن بالمال اللازم له (٤) .

وكما يجب على الحارس أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المال ، كذلك يجب عليه بذل نفس هذه العناية في إدارته ، ويستوى في ذلك أن يكون الحارس مأجوراً أو غير مأجور . وقد بينا فيما تقدم أن مسئولية الحارس أشد من مسئولية المودّع عنده فيما يتعلق بأعمال الحفظ (٥) ، والآن نقرر أن

(١) . انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وذلك ما لم تفيد سلطته في الإدارة على الوجه الذى سبق بيانه (قارن محمد على عرفة ص ٥٤٤) . وقد قضى بأن تعيين الحارس يفقد المالك السبب القانوني في وضع يده على العقار المشترك ، ويحرمه من حق الانتفاع والاستغلال إلا عن طريق الحارس ، وبمقدار صافي الربح بعد تنفيذ حكم الحراسة ، والتأجير لشخص دون آخر هو من عمل الحارس لا يجبر عليه بل يراعى فيه مصلحة من يمثلهم (مصر مستعجل ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٨ ص ١٦) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤ - وله أن يستبقى فاخر العزبة القديم (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - وقد قدمنا أنه يجوز للحارس بيع المحصول المستقبل ليشتري بشمعه البلور والسهاد والمواشي والأدوات الضرورية ومبيدات الحشرات اللازمة للزراعة (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وله بوجه عام أن يتخذ من الإجراءات ما يمكنه من استغلال العين ، ويدخل في ذلك الدعاوى المستعجلة والدعاوى الموضوعية (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣) .

ولكن ليس له قبض المبالغ التي قدمها المستأجر تأميناً لناظر الوقف وحجز عليها تحت يده (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٥٨ .

مستوليته في أعمال الإدارة أشد من مسئولية الوكيل ، إذ هو بخلاف الوكيل مفروض بحكم ظروف المنازعة على أصحاب الشأن . ذلك أن الوكيل لا يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إلا إذا كان مأجوراً ، فإذا كان غير مأجور لم يلتزم إلا ببذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلفه في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد^(١) . أما الحارس فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد ولو زادت على عنايته في أعماله الخاصة ، وذلك سواء كان مأجوراً أو غير مأجور . فإذا نزل عن هذا القدر من العناية ونجم عن ذلك ضرر يصيب صاحب المال ، كان لهذا أن يرجع عليه بالتعويض^(٢) .

٤٦٣ — سلطة الحارس في التصرف : رأينا أن المادة ٧٣٥ مدني تقضي بأنه لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء . والمقصود هنا أعمال التصرف ، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . « فإذا اقتضت الظروف القيام بأعمال تتجاوز أعمال الإدارة ، أو رأى الحارس فائدة من القيام بمثل هذه الأعمال ، كإجراء تحسينات في العين أو بيع ما يكون معرضاً للتلف

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٢) قارن استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١١ . ومن ثم يجوز لصاحب المال اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقوقه قبل الحارس (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٧) ، كان يرفع دعوى إثبات حالة الأعيان الموضوعة تحت الحراسة لتحديد ما أصابها من ضرر بسبب تقصير الحارس . بل ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرفع دعوى على الحارس بطلب تمكينه من إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانة الأعيان إذا كان الحارس قد أهمل القيام بها ، وأن يرفع دعوى مستعجلة في مواجهة الحارس بطلب طرد المستأجر من العين المؤجرة عند تحقق الشرط الصريح الفاسخ المترتب على التأخر في دفع الأجرة إذا كان التأخر من شأنه أن يجعل الأجرة تراكماً في ذمة المستأجر دون أن يتخذ الحارس أى إجراء ضده (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠١) .

وقد قضى بأن الحارس يكون مسئولاً إذا تأخر دون مبرر في بيع القطن ، وليس له أن يحتج بأنه كان يأمل صعود الأسعار ، ولكن له أن يحتج بموافقة ذوى المصلحة على تأخير البيع (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ويكون مسئولاً إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لضمان يسار المستأجر ، حتى لو كان المدين نفسه هو الذى قدم هذا المستأجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا عين الدائن حارساً ولم يودع المبالغ التي يقبضها خزانة المحكمة في مواعييدها ، كان مسئولاً عن الفوائد التي تدفعها الخزانة عن المدة التي تأخر فيها (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤) .

أو غير ذلك ، وجب على الحارس أن يحصل في شأن ذلك على موافقة ذوى الشأن جميعاً أو على ترخيص من القضاء^(١) .

ونبدأ باستبعاد أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة ، ك شراء البذور والسماد والمواشي والأدوات وبيع المحصول ، فهذه كما قدمنا تعتبر داخلة في أعمال الإدارة ولا تقتضى في مباشرة الحارس لها موافقة ذوى الشأن أو إذن القضاء . ويبقى بعد ذلك أعمال التصرف التي لا تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة ، وهذه لا يجوز للحارس أن يباشرها إلا بموافقة ذوى الشأن أو بإذن المحكمة التي عينت الحارس ، وإلا كان التصرف مجاوزاً لحدود النيابة ، ولا يسرى في حق صاحب المال إلا إذا أقره . فلا يجوز إذن للحارس أن يهب المال الموضوع تحت حراسته ، ولا أن يبيعه أو يقايض عليه أو يرهنه أو يشارك به أو يقرضه أو يصالح عليه أو ينزل عن جزء من الحق^(٢) . ولكن يجوز له أن يصالح المستأجر على الأجرة بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن إذا كان في الصلح مصلحة^(٣) ، كما يجوز له بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن أن يقرض المال بفائدة إذا كان هذا العمل يعود بالمنفعة ، أو يجرى تحسينات في الأعيان ، أو يبيع المنقول المعرض للتلف ، أو يبيع المنقول المعرض لتقلب الأسعار خشية أن ينزل سعره ، أو يبيع المنقول الذي يكلف حفظه نفقات كبيرة^(٤) . ونرى من هذا أن التصرف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ١٧ يولييه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - عبد الحكيم فرج فقرة ٣٨٨ ص ٣٤٨ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧٥ .
(٣) وقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن يبرم الحارس ، بغير موافقة أو إذن ، صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢ في الهامش) ، كما قدمنا أن الحارس أن يصالح على الدين ، بغير موافقة أو إذن ، إذا كان في الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢) .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١ - وقد قضى بأن الحراسة إجراء تحفظي تدعو إليه ضرورة المحافظة على الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهى النزاع القائم بشأنها ، ولهذا فالأصل أن سلطة الحارس التي تحددها المحكمة في حكم الحراسة يجب أن تقتصر على أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال العاديين . إلا أن ظروفًا قد تطرأ تبیح الخروج على هذا الأصل وتستلزم الإذن للحارس في بيع المنقولات موضوع الحراسة ، كما لو خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أو كانت قيمتها لا تتحمل الصرف على حفظها وصيانتها ، ففي هذه الحالات ومثيلاتها يجوز للقضاء بصفة استثنائية أن يمدد

الذى يؤذن للحارس فى مباشرته يجب ألا يمس أصل الحق ، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون ذا طبيعة تحفظية حتى ينسجم مع مهمة الحارس (١) .

٤٦٤ — عدم جواز إهمال أحد ذوى الشأن فى إدارة المال :

وقد قدمنا عند الكلام فى التزام الحارس بالمحافظة على المال أنه لا يجوز له أن يكبل بهذه المهمة لأحد من ذوى الشأن دون رضا الباقين (٢) . وما قلناه فى الالتزام بالحفظ نقوله فى الالتزام بالإدارة ، فلا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من إدارة المال كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كأن يعهد إليه بتأجيره للغير ، أم بطريق غير مباشر كأن يؤجره له (٣) ، إلا إذا كان ذلك بموافقة الباقين . وقد بينا العلة فى ذلك ، فنحيل إلى ما قدمناه فى هذا الصدد (٤) .

= فى سلطة الحارس وأن يحيز له بيع المنقولات على أن يودع ثمنها خزانة المحكمة (إسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٣٧٣) . وقضى أيضاً بأن مأمورية الحارس القضائي تقتصر على الإدارة دون التصرف ، اللهم إلا فى حالات استثنائية محضة أجازها البعض ، كتحويل الحارس سلطة بيع المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان حفظه يتكلف نفقات جسيمة ، وتحويله أحياناً سلطة تصفية التركات (إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٠) . وانظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢ .

وقضى بأنه إذا كان يمكن حفظ المال دون تلف كحصول القطن ، لم يحز للحارس بيمه بل يجب عليه تخزينه على ذمة من يثبت حقه فيه (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤٣٣ ص ٣٨٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٩ - ولا يجوز للحارس أن يستحدث بناء أو أن يغير من معالم العين (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ - ولا يتفد على الحارس من الأحكام الصادرة على ناظر الوقف إلا بمقدار ماتحت يد الحارس . وقد قضى بأن صدور حكم على ناظر الوقف بدفع نفقة شهرية للمستحق ، لاحتال مشغولية ذمته بمبالغ من الاستحقاق المتأخر له والمرفوع بشأنه دعوى حساب ، لا يلزم الحارس القضائي المعين على الوقف إلا إذا كان المحكوم له استحقاق تحت يده يمكنه من أداء النفقة (مصر الكلية ٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ١٨٤ ص ٤١٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

(٣) ما لم يكن التأجير فى المزار العلني (محمد على رشدي فقرة ٢٧٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

أما إذا أناب الحارس أجنبياً من غير ذوى الشأن فى الإدارة ، فإنه يجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام الوكالة . وهذه تقضى كما رأينا بأن الوكيل يجوز له أن ينب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، إلا إذا منع من ذلك صراحة أو ضمناً ، ويعتبر أن هناك منعاً ضمناً إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصى^(١) . ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصى فيه ، لذلك يكون ممنوعاً من إنابة غيره عنه فى الإدارة ، سواء كان هذا الغير من ذوى الشأن أو كان أجنبياً ، ويجب أن يتولى الإدارة بنفسه فهذه هى مهمته ولا يجوز له أن يتخلى عنها^(٢) .

٤٦٥ — الحارس وعده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الإدارة

والتصرف التى تدخل فى سلطته : وكما قدمنا فى أعمال الحفظ ، يكون الحارس التقضائى وحده دون المالك هو ذو الصفة فى مباشرة جميع أعمال الإدارة . وأعمال التصرف الداخلة فى سلطته ، فهو وحده الذى يتولاها دون المالك . ولا يجوز للمالك أن يتولاها ، فقد غلت يده عنها بسبب الحراسة ، وإذا قام بعمل منها كان العمل باطلاً . ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطة الحارس يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه ، ولا يجوز رفعها من المالك أو عليه لانعدام صفته^(٣) . وقد سبق أن قررنا مثل ذلك فى

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٢ .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤ — محمد على عرفة ص ٥٤٧ — مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ (إذا تخلى الحارس عن الحراسة أو وكل شؤونها إلى غيره ، وجب إبعاده عن الحراسة وإقامة سواه) — قرب استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٨ — ويجوز للحارس أن يكمل لتخصيص فى الزراعة أن يزرع الأرض ، ولا يكون مسئولاً إلا عن إفساره أو عدم كفايته أو تقصيره الواضح (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٦) .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٢ وما بعدها — محمد على رشدى فقرة ٢٧١ — فقرة ٢٧٢ — محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ — ص ٨٧٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠ و فقرة ٣٠٢ — استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٦ — وقد قضت محكمة النقض بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة الناظر المؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواه . ويترتب =

أعمال الحفظ (١) .

أما غير ذلك من الأعمال التي لا تدخل في سلطة الحارس ، فليست للحارس صفة في مباشرتها . ويبقى للمالك أهليته كاملة في مباشرة هذه الأعمال ، إذ أن الحراسة لم تعزله عنها ولم تغل يده فيها (٢) . فيجوز للمالك ، أو لمن يتبين أنه

= على مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وانظر نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٤ ص ٧٦١ - وقضى أيضاً بأنه إذا عين حارس على الوقف ، فهو الوحيد الذي له الحق في تمثيل الوقف في الدعاوى التي ترفع منه وعليه بشأن الإدارة ، دون الناظر المعين عليه (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٦٤٨) . وقضى بأنه بمجرد صدور حكم الحراسة ، يضحى الحارس هو الشخص الوحيد الذي تحقق له إدارة الأموال محل الحراسة ، والعمل على صيانة حقوقها قبل الغير ، والتقاضى بشأنها فيما يتعلق بأعمال الحراسة (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٩ - مصر مستعجل ١٤ يولييه سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧) . وانظر استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٩٧ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٠ - ٦ يولييه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ (حارس أقيم بناء على طالب الدائنين يطعن في تصرفات المدين بالتواطؤ) - عكس ذلك استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٣٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٤ - ص ٨٩٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠ - محمد علي عرفة ص ٥٤٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩ - استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ - ولا يؤثر الحكم الصادر بالحراسة في التصرفات الجدية الصادرة من المالك قبل صدور الحكم (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٥) ، ولو كانت هذه التصرفات من أعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) ، ما لا يمكن الغرض منها الإضرار بحقوق الدائنين فيجوز الطعن فيها بطريق الدعوى البوليسية (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت سنة ١٩٣١ رقم ٤٣١ ص ٣٨٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٣٣) . ولا يؤثر حكم الحراسة كذلك في حق دائني المالك من اتخاذ إجراءات فردية ينفذون بها على المال الموضوع تحت الحراسة ، ويكون هذا التنفيذ عن طريق حجز تحت يد الحارس ، إلا إذا وافق الحارس على توقيع الحجز التنفيذي المباشر على المنقول الموضوع تحت حراسته (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٥ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧١ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧١ - محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٥ - ص ٨٩٦ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٤) - وانظر نقض جنائي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١١ ص ١٣ (الواجب على الدائن أن ينفذ تحت يد الحارس بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، ولا يجوز أن ينفذ مباشرة على المحصولات) .

هو المالك بعد حسم النزاع ، أن يبيع المال ويرهنه ويهبه ويتصرف فيه بجميع أنواع التصرف ، فيما عدا أعمال الإدارة والتصرف الداخلة في سلطة الحارس ، ولو كان ذلك في أثناء نظر النزاع وقبل حسمه . ويكون تصرف المالك صحيحاً ملزماً له ، ولكنه يكون بداهة موقوفاً على حسم النزاع لصالحه وظهور أنه هو المالك^(١) . ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى استحقاق بملكية المال على الحارس ، وجب على الحارس أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة^(٢) . وإذا حكم عليه بالاستحقاق ، لم يسر هذا الحكم في حق المالك ، ويجاز له أن يعترض عليه اعتراض الخارج عن الخصومة ، كما جاز له أن يتجاهل الحكم ويستبقى المال تحت يده بعد حسم النزاع لصالحه . وعلى مدعى الاستحقاق أن يعيد رفع الدعوى من جديد على المالك دون الحارس ، حتى يكون الحكم سارياً في حق الأول^(٣) .

(١) بودرى وقال فقرة ١٢٩٥ - فقرة ١٢٩٦ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٣٣ .
 (٢) وعلى أساس سلطة الحارس في الإدارة والتصرف تقوم صفة في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه ، فالحارس على وقف يمثل الوقف دون الناظر في نطاق السلطة التي خولها له حكم الحراسة ، فوجبت معرفة مدى هذه السلطة للبت في قيام صفة في تمثيل الوقف في الدعاوى التي ترفع من الوقف ، وعليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول مقاضاة النظار وحدهم دون الحارس إلا على أساس ما يكون وارداً في حكم الحراسة خاصاً بمهمة الحارس . فإذا كان الحكم في قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصاص الحراسة فيها قد اكنى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحارس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم ، وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأصلي الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار في كل شؤونه ، أم أن مهمتهم محصورة في نطاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصلياً ، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتيجتها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحراس ، فلا شك في أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه . ويجعل النتيجة التي وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٤ ص ١٤٨) . وقد يكون الحارس على التركة أحد الورثة وترفع عليه الدعوى بصفته وارثاً لا حارساً لأن النزاع لا يدخل في نطاق حراسته ، فيكون الحكم صحيحاً نافذاً على مال الحراسة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن إقامة أحد الورثة حارساً على التركة لا يمنع من الحكم عليه شخصياً ببيع حصة وارث آخر ، ثم تنفيذ هذا الحكم على مال الحراسة الذي لم يخرج عن كونه مملوكاً لجميع الورثة (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٣ ص ٤٦٢) . والحارس على عين شائعة في أثناء إجراءات القسمة لا صفة له في الدعاوى العينية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٥) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ - الموسكى ٢ مارس سنة ١٩١٨ =

المبحث الثالث

تقديم الحساب

- ٤٦٦ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي :
- ١ - يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة .
- ٢ - ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حساباً بما تسلمه وبما أنفقه ، معززاً بما يثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها (١) .

= المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٦ ص ١٥٢ - طنطا ٣ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠ - وإذا أتم أحد الورثة دعوى بطلب تقرير نفقة له في مواجهة الحارس دون الدائنين أو باقي الورثة ، فإن الحكم لا يعتبر حجة عليهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٧) . ولا يجوز للحارس أن يدفع الدعوى التي تقام في مواجهته بدفع تتصل بأصل الحق ، كبطلان عقود البيع الصادرة عن الأموال الموضوعة تحت الحراسة أو الرهون المقررة عليها (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٠ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٢٥ ص ٤٠٠ رقم ٤٠٠ ص ٣٢ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٠) - وانظر محمد علي رشدي فترة ٢٧٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة موقع عليها من المحكمة . ٢ - ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن ، كل سنة على الأكثر ، حساباً صحيحاً بما تسلمه وبما أنفقه ، معززاً بما يثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، فيجب عليه ، فوق ذلك ، أن يودع صورة من هذا الحساب بقلم كتاب هذه المحكمة » . وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية طفيفة وحذفت لفظ « صحيحاً » من الفقرة الثانية ، وصار النص رقمه ٧٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة » ، وبهذا يكون للزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة التزاماً مطلقاً ، أما إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة فهو أمر جوازي يترك للقاضي تقديره بحسب ظروف كل حالة ، حتى لا تفرض الدفاتر المصدق عليها في جميع الحالات إذ قد تكون قيمة الأموال الموضوعة تحت =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، وكان الحكم في هذا التقنين أن يقدم الحارس حساباً ، ولم يكن تقديم الحساب منظماً من حيث دفاتره ومواعيده كما نظم في التقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٧٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٧ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

٤٦٧ - التزام الحارس بتقديم الحساب للأنزام الوكيل : الحارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا ، فهو يلتزم بتقديم الحساب للأصيل التزام الوكيل بتقديم الحساب للموكل . وقد قدمنا في الوكالة ، أن الحساب الذي يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه ، كأن يكون للموكل مال تحت يد الوكيل ، ومبالغ قبضها هذا الأخير تمن ما باعه أو أجره أو وفاء لدين للموكل في ذمة الغير ، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشترها الوكيل لحساب الموكل . وكأن يكون على الموكل المصروفات التي أنفقها الوكيل في إدارة الأموال ، والضرائب والرسوم التي دفعت ، وأقساط التأمين ، والسمسة التي دفعها الوكيل لإتمام صفقات لحساب الموكل ، والتمن الذي اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من أشياء لحساب الموكل ، والأجر الذي اتفق عليه مع الموكل . فيدرج الموكل كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد

الحراسة قليلة ، وفي هذا التعديل ما يجعل النص أكثر مرونة . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٢٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . ولكن التزام الحارس بتقديم حساب عن إدارته

التي تفرضه القواعد العامة على كل نائب يدير ملك الغير .

استنزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل ، كما هو الأمر فى الحساب الجارى . وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب ، فلا تكون حقوقاً أو ديوناً مستقلة بعضها عن بعض ، ولا ينتج أى منها فوائد مستقلة ، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب . ولا تقع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم ، لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول^(١) . وما قلناه فى الوكالة يسرى على الحراسة ، فالخارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا .

٤٦٨ — ما يخص به الخارس فى تقديم الحساب : على أن المادة ٧٣٧

مدنى ، بعد أن قضت بأن يقدم الخارس « حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات »^(٢) ، نظمت هذا الالتزام تنظيمًا دقيقاً على الوجه

(١) انظر فى كل ذلك ما قدمناه فى الوكالة آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٢) كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الخارس أن يقدم حساباً « صحيحاً » ، فحذف لفظ « صحيحاً » فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الهامش مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) . ويرجع سبب الحذف إلى عدم الجدوى من وصف الحساب بأن يكون صحيحاً ، إذ الخارس ملزم بأن يقدم ما يعزز الحساب من مستندات فيقع عليه هو عبء إثبات أنه حساب صحيح ، فيكفى إذن أن يقال إنه ملزم بتقديم حساب معزز بالمستندات (قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٠ ص ٣٥٦) . انظر فى وجوب تعزيز الحساب بالمستندات التى تؤيده : استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٤ .

والخارس ملزم بتقديم الحساب التزاماً خاصاً مستقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين خارس على وقف لإدارته وإيداع صافى ريعه خزانة المحكمة لدين على المستحقين فى الوقف ، فإن حق الدائن فى محاسبة الخارس هو حق خاص به مستقل عن حق المدين المستحق ، فإذا تنازل المستحق عن دعواه ضد الخارس بتقديم الحساب ، فإن هذا التنازل لا يؤثر فى حق الدائن فى مطالبة الخارس بتقديم الحساب والإيداع . ولا يؤثر فى ذلك نزاع المدين فى بقاء الدين ، ومن ثم فإذا حكمت المحكمة بوقف دعوى الحساب كان حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ه رقم ١٩١ ص ٤١٥) . كذلك يجب على الخارس أن يعزز الحساب بالمستندات . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم الذى أقام الخارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حساباً عن إيرادها ومنصرفها مشفوعاً بما يؤيده من المستندات ، فإن تقديمه هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاماً قانونياً ، فضلاً عن كون الخارس مكلفاً قانوناً بتقديم الحساب . وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه فى الدعوى على قاعدة أن كشف حساب الخارس ، مجرداً عن المستندات المؤيدة له ، يعتبر إقراراً لا تجوز تجزئته ، وتأسيساً على هذه القاعدة قال ما يفيد أنه اعتبر الحساب صحيحاً حتى يقوم الدليل على عدم صحته ، معفى الخارس بذلك ضمناً من تقديم المستندات المؤيدة للمبالغ التى صرفها بمقولة أنها ديون وفاها ، فإن الحكم يكون غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٥ مارس =

الآتي : (١) ألزمت الحارس أن يتخذ دفاتر حساب منظمة ، بل أجازت للقاضي أن يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات موقع عليها من المحكمة إذا كانت أهمية المال الموضوع تحت الحراسة تقتضي ذلك^(١) . (٢) ألزمت الحارس أن يقدم الحساب لذوى الشأن كل سنة على الأكثر ، ولو قبل انتهاء الحراسة^(٢) . ويجوز أن يلزم الاتفاق أو حكم الحراسة الحارس أن يقدم الحساب في السنة أكثر من مرة ، كما يجوز للحارس أن يقدم الحساب من تلقاء نفسه أكثر من مرة في السنة . وعلى كل حال يجب على الحارس أن يقدم حساباً أخيراً عند انتهاء مهمته ، ولو قبل انقضاء السنة^(٣) . (٢) ألزمت الحارس ، إذا كانت

= سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٢ ص ٥٨١) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار في انتفاعه به ، فطلب في مواجهة المتعرض والمؤجر تعيين المؤجر حارساً لإدارة الأتيان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك ، ثم رفع الدعوى على المؤجر بمطالبته برد ما دفع مقدماً من الأجرة وبتمويض عما فاتته بصفته مستأجراً من الربح في مدة الإيجار ، وبني دعواه على أن المدعى عليه استولى على الحاصلات ولم يدفع مما حصله منها شيئاً ، فقضت المحكمة برفضها بناء على ما استخلصت استخلاصاً سائفاً من ظروف الدعوى وأوراقها : من أن عقد الإيجار لم يبطل ولم يعطل بفعل المؤجر ، وعلى أساس أن يد المدعى لا تعتبر أنها رفعت عن الأتيان المؤجرة بوضع الأتيان تحت الحراسة القضائية ، وأن المدعى عليه بصفة كونه مؤجراً لا مسئولية عليه ، بل إن مساءلته لا تكون إلا بصفته حارساً وعن طريق رفع دعوى حساب عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٣ ص ٣٠٢) . وقضت كذلك بأن الحارس مسئول عن تقديم الحساب عن إدارته لأعيان التركة بما فيها عقار آلت ملكيته بالقسمة لأحد الورثة (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠١ ص ٥٩١) .

وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢٧٩ - محمد علي راتب فقرة ٣٤٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٥ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدني يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات منظمة موقع عليها من المحكمة في جميع الأحوال ، فعُدل النص في لجنة مجلس الشيوخ وجعل الإلزام باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة أمراً جوازياً يترك للقاضي يقدره بحسب ظروف كل حالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٧ - وانظر آنفاً فقرة ٤٦٦ في الهامش) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في عهد التقنين المدني القديم وبالرغم من عدم وجود نص يلزم الحارس بتقديم الحساب كل سنة على الأكثر ، بأن على الحارس أن يقدم حساباً مرة على الأقل كل سنة ، حتى لو خلا الحكم الصادر بالحراسة من تكليفه بإيداع صافي الحساب (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٩ .

المحكمة هي التي عينته ، سواء كان حارساً قضائياً أو حارساً اتفاقياً ، أن يودع صورة من الحساب قلم كتاب المحكمة ، ليتيح للمحكمة فرصة مراجعته وتبسيط بذلك رقابة المحكمة على إدارة الحارس^(١) .

المبحث الرابع

رد المال

٤٦٩- نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وعلى الحارس حينئذ (أى عند انتهاء الحراسة) أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي »^(٢) .
ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٧٠٤/٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٨/٢ - ولا مقابل للنص

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب على الحارس أن يؤدي حساباً عن إدارته إلى ذوى الشأن . وقد حدد المشروع هذا الالتزام ونظمه حتى يكون له أثر فعال في ضمان الرقابة على إدارة الحارس ، فالزم الحارس أولاً باتخاذ دفاتر منظمة موقع عليها من المحكمة (وذلك قبل تعديل المشروع في لجنة الشيوخ على ما رأيناه) ، كما هو شأن التجار فيما يجب عليهم اتخاذه من دفاتر ، حتى يمتنع بذلك أو يقل إمكان التلاعب في الحسابات . ثم ألزمه بأن يقدم كل سنة على الأكثر حساباً صحيحاً ، بما تسلمه وبما أنفق ، وحتم عليه أن يعزز حسابه بما يؤيده من مستندات ، وكلقه بتقديم هذا لكل من ذوى الشأن ويبداع صورة منه بقلم كتاب المحكمة التي عينته إذا كان تعيينه بحكم ، حتى يسهل على ذوى الشأن وعلى المحكمة مراجعة الحساب والتحقق من حسن الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة استبدلت كلمة « حينئذ » بعبارة « بمجرد انتهاء المراسلة » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٧٠/٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٩/٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٨/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) .

في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المادتين ٧٢٤ و ٧٢٦^(١) .

٤٧٠ - تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشيء المودع : يلتزم
الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته كما يلتزم المودع عنده برد الشيء
المودع ، وتسرى أحكام التزام المودع عنده بالرد على التزام الحارس بالرد^(٢) .
وقد صرح بذلك تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٧٢٤)^(٣) وهو مفهوم
من طبيعة مهمة الحارس ، فهو وكيل أو نائب فيما يتعلق بإدارة المال وبتقديم
حساب عنه ، ومودع عنده فيما يتعلق بتسلم المال وبحفظه وبرده .
وعلى ذلك تسرى هنا الأحكام التي بسطناها تفصيلاً فيما يتعلق بالتزام
المودع عنده برد الشيء المودع : في رد المال الموضوع تحت الحراسة عيناً^(٤)
أو بمقابل ، وفي رد الثمار ، وفي مكان الرد ومصرقات ، وفي جزاء
الإخلال بالتزام الرد^(٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢/٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢٤ : يجب على الحارس أن يعيد الشيء المحبوس
بلا إبطاء إلى الشخص الذي يعينه له الفريقان أو القضاء - ويترتب عليه من الموجبات فيها يختص
برده ما يترتب على الوديعة المأجور .

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتماً بينهم طبقاً للقواعد
المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) محمد علي عرفة ص ٥٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ في الهامش .

(٤) ويكون ذلك عادة بموجب محضر الجرد الذي تسلم الحارس به المال (محمد علي راتب

فقرة ٣٤٥) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٥ و فقرة ٣٦٨ - فقرة ٣٧١ - ويستأنس أيضاً

بما ورد في التزام الوكيل برد ما في يده من مال الموكل (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ وما بعدها) ،
وبخاصة فيما يتعلق برد الأوراق والمستندات والأحكام الخاصة بالحراسة كعقود الإيجار الخاصة
بالمستأجرين والأحكام الصادرة ضدهم وأوراق التنفيذ وما إلى ذلك (انظر محمد علي راتب

فقرة ٣٤٥) .

ولكن الحارس يختلف عن المودع عنده في الأمرين الآتين : متى يكون الرد ، ولمن يكون .

٤٧١ — متى يكون الرد ولمن يكون : يكون الرد عند انتهاء الحراسة ، وسنرى فيما يلي متى تنتهى . وقد تنتهى مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة في ذاتها ، ويكون ذلك بتنحي الحارس عن الحراسة أو بعزاه عنها أو بموته أو بالحجر عليه ، وفي جميع هذه الأحوال يحل حارس آخر مكانه (١) ، فيكون الرد إذن إما عند انتهاء الحراسة ، وإما عند انتهاء مهمة الحارس (٢) . ويكون الرد ، في حالة انتهاء الحراسة في ذاتها ، إلى من يختاره ذوو الشأن في الحراسة الاتفاقية . أو إلى من يثبت له الحق في الشيء أو من يعينه القاضي في الحراسة القضائية . أما في حالة انتهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة في ذاتها ، فيكون الرد للحارس الجديد الذي يخلف الحارس الأول في مهمته (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ — فقرة ٤٥٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على إنهاء الحراسة ، أو لم يتفقوا على ذلك وحكم به القضاء ، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة وإنهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارساً جديداً بدلاً منه ، ولا ما يمنع القاضي من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزل الحارس الأول وإبدال غيره به ، سواء كان ذلك بناء على اتفاق الخصوم أو بناء على طلب بعضهم وبعد سماع البعض الآخر . ومتى انتهت مأمورية الحارس بهذا الشكل أو ذاك ، وجب عليه رد الشيء المعهود إليه حراسته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩) .

وتجب مطالبة الحارس بالرد ، فلا يعتبر المؤجر المعين حارساً على العين المؤجرة متعرضاً للمستأجر بمجرد إلغاء حكم الحراسة ، ما لم يثبت امتناعه عن التخلي عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء الحراسة (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٥ ص ٦١٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومتى انتهت مأمورية الحارس ، سواء بإقالته منها أو بانتهاء الحراسة ذاتها ، وجب عليه أن يبادر برد الشيء المعهود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه في الحراسة ، أو إلى من يثبت حقه في ذلك الشيء ، أو إلى من يختاره ذوو الشأن ، أو من يعينه القاضي لذلك : م ٢/١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٩) .

الفرع الثاني

حقوق الحارس

المبحث الأول

تقاضى الأجر

٤٧٢ — نص قانوني : تنص المادة ٧٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد نزل عنه ^(١) .
 ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٠١/٤٩٢ ^(٢) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
 المادة ٧٠٢ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٦ — ولا مقابل للنص في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك . وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود في حراسته وعلى إدارته . ٢ — وله الحق في حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التي تخوله إياها هذه المادة ، وذلك دون إخلال بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . وفي لجنة المراجعة لم تستبق إلا العبارة الأولى من الفقرة الأولى من النص . فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٧٦٨ في المشروع النهائى ، وحذفت بقية الفقرة الأولى وكل الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٥) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٠١/٤٩٢ : إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون

بمقابل .

(ويبدو أن التقنين المدني القديم كان لا يعطى الحارس حقاً في الأجر إلا إذا اشترط ذلك ، أما في التقنين المدني الجديد فالحارس له حق في الأجر إلا إذا نزل عنه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « فقد نصت هذه المادة على حق الحارس في أن يتقاضى أجراً ما لم يكن قد تنازل عن ذلك ، مخالفة بهذا نص المادة ٤٩٢ من التقنين الحالى — القديم — الذى يقرر أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل . وقد أراد المشروع بذلك أن يعتمد ما غلب وقوعه في العمل وما قدرته المحاكم من أن الأصل في الحراسة أن تكون بأجر : استئناف أهلى ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ المحاكم ١٨ ص ٤٠٠٠ رقم ١١٤ » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤) .

التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللباني المادتين ٧٢١ و ٧٢٧^(١) .

٤٧٣ - **الرُّصْل في الحارس أنه يكون بأجر : والأصل في الحارس بخلاف الوكيل والمودع عنده - أن يكون بأجر ، حتى لو لم يشترط ذلك .** فإذا سكت الحارس عن الأجر كان مأجوراً ، ولا يكون غير مأجور إلا إذا نزل صراحة أو ضمناً عن الأجر^(٢) . وقد رأينا عكس ذلك في الوكيل والمودع عنده ، فكلاهما لا يكون مأجوراً إلا إذا اشترط الأجر^(٣) . وقد أراد المشرع بذلك « أن يعتمد - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - ما غلب وقوعه في العمل ، وما قررته المحاكم من أن الأصل في الحراسة أن تكون بأجر »^(٤) .

٤٧٤ - **كيف يقدر الأجر :** يقدر الأجر الاتفاق إذا كانت الحراسة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا-يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللباني م ٧٢١ : يجوز ألا تكون الحراسة مجانية .

م ٧٢٧ : يجب على الفريق الذي يرد إليه الشيء أن يدفع إلى الحارس النفقات الضرورية والنفقات المفيدة التي أنفقها بنية حسنة وبلا إفراط ، وأن ينقده الأجر المتفق عليه أو الذي عينه القاضي - وإذا كان الإيداع اختيارياً ، فللحارس أن يقيم الدعوى على جميع المودعين ليحصلهم على أداء النفقات وإبقاء الأجر له ، مع مراعاة النسبة بين مصالحهم في القضية .

(وأحكام التقنين اللباني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، غير أنه يبدو أن الحارس في التقنين اللباني لا يتقاضى أجراً إلا إذا اشترط ذلك ، بخلاف التقنين المصري حيث يتقاضى الحارس أجراً إلا إذا نزل عنه . كذلك لا تضامن في التقنين اللباني بين المودعين المتعديدين في الحراسة الاتفاقية في التزاماتهم نحو الحارس ، وهم متضامنون في التقنين المصري) .

(٢) وقد ينص في الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر ، فإذا لم ينص الحكم على ذلك كانت الحراسة بأجر ، ولو كان الحارس شريكاً في ملكية العقار الموضوع تحت الحراسة (استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٢ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧٥ و فقرة ٣٧٤ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٤ .

اتفاقية^(١) . فإذا سكت الاتفاق عن تعيين الأجر ، أو كانت الحراسة قضائية ، تكفل القاضى بتعيين الأجر^(٢) . ويراعى فى ذلك الجهد الذى بذله الحارس ، وأهمية العمل الذى قام به ، والنتيجة التى وصل إليها فى إدارته ، والمسئوليات التى تعرض لها ، وكفايته الخاصة فى الإدارة ، وغير ذلك من العناصر التى تعين القاضى على تقدير الأجر المناسب للحارس^(٣) .

ويقدر الأجر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التى عينت الحارس ، أوقاضى الأمور المستعجلة^(٤) ، أو رئيس المحكمة التى استؤنف أمامها حكم

(١) ويبدو أن لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه ، تغليبا لأحكام الوديعة على أحكام الوكالة فى هذه المسألة .

(٢) وقد ينص الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر ، ثم يتفق أصحاب الشأن على أن تكون بأجر ، ويبقى الأجر المتفق عليه أو المحكوم به ساريا حتى يعدل باتفاق أو بحكم جديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه من الجائز أن يكون تقرير أجر الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لا حق للحكم القاضى بفرض الحراسة ، حتى لو كان هذا الحكم قد نص على أن تكون بغير أجر ، ذلك أن الخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به . ويلاحظ أن أجر الحارس القضائى الذى يقرر سواء بحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل ساريا حتى يلغى أو يعدل بحكم أو باتفاق جديد . ومن ثم فإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من المستحقين فى الوقف واضحة الدلالة على سريان أجر الحراسة مادامت الطاعنة قائمة بإدارة الوقف بوصفها حارسة عليه وليس فيها أى نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة ، فإن اعتبار المحكمة هذا الإقرار غير ملزم للموقعين عليه طوال مدة الحراسة ، ذلك يكون خطأ فى تطبيق قانون العقد لما فيه من تحريف لعبارة الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٦ ص ٣٩٠) .

(٣) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٧ - محمد على رشدى فقرة ٢٨١ - محمد على راتب فقرة ٣٤٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضى الأمور المستعجلة يختص بتقدير أجر الحارس ومصاريفه الذى أقامه فى دعوى الحراسة ، ويختص تبعا بانفصل فى المعارضة فى هذا التقدير . واختصاصه فى ذلك غير قائم على القاعدة العامة فى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة المقررة بالمادة ٢٨ مرافعات (٤٩ جديد) ، وإنما هو اختصاص خاص يقوم على أساس علاقة التبعية بين الأصل الذى هو الدعوى التى يختص بها وبين الفرع الذى يتفرع عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أتعاب المحامى أو الخبير أو الحارس المعين فيها ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة المقررة فى المادتين ١١٦ و ١١٧ مرافعات (٣٦٢ و ٣٦٣ جديد) . وإذن فلا ضرورة لاستيفاء شرطى الاستعجال وعدم المساس بالموضوع . ولا يغير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع بطلب محاسبة الحارس عن إدارته للمال موضوع الحراسة ، فإنه متى كان موضوع اختصاص قاضى =

قاضي الأمور المستعجلة^(١) ، بحسب الأحوال .

٤٧٥ — من يلزم بأجر الحارس : إذا كانت دعوى الموضوع لا تزال منظورة ، رجع الحارس بأجره على طالب الحراسة^(٢) ، وهذا يرجع بها على من يكسب دعوى الموضوع إذا لم يكن هو الذي كسبها . أما إذا كانت دعوى الموضوع قد فصل فيها ، فإن الحارس يرجع بأجره على من كسب الدعوى أو على من حكم عليه بالمصروفات^(٣) .

= الأمور المستعجلة مقررأ على الوجه السابق كان له كل ما لقاضي الموضوع من سلطة في التقدير . أما ما قد يعترض به من احتمال أن يثبت في دعوى الموضوع تلك سوء إدارة الحارس فردود بأنه غير منتج ، إذ هذا الاعتراض عام لا يتوجه إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالذات ، بل إلى كل قاض يختص بتقدير ، وهو حين يواجه بهذا الاعتراض يفصل فيه حسبما يترأى له في الدعوى ، ولكن لا يقضى بعدم اختصاصه بنظرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٨٢) . وانظر استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١ - وقارن محمد على عرفة ص ٥٥٠ .

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣١ ص ٢٨٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ألغت محكمة الاستئناف حكماً قضى برفض الحراسة وقامت هي باختيار الحارس ، فإنه يتعين عندئذ على الحارس أن يلجأ إليها (لرئيس محكمة الاستئناف) لتقدير أتعابه . ولا يجوز أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة ، إلا إذا كان مديناً بتعيينه لحكم ذلك القاضي وكان دور محكمة الاستئناف مقصوراً على تأييد هذا الحكم . ولا يؤثر في هذا النظر كون محكمة الاستئناف لدى تعيينها الحارس قد أمرته بأن يودع حساب إدارته قلم كتاب محكمة أول درجة ، ملاحظة في ذلك التيسير على الخصوم وكون هذه المحكمة هي التي تنظر النزاع الموضوعي (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ش ٣٤٤ - ومن اقتصر على الموافقة على طلب الحراسة لا يعتبر طالباً للحراسة ، فلا يلزم بدفع الأجر (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥) - وقضى بأنه يجوز رجوع الحارس بالأجر على الخصوم جميعاً إذا كانت الحراسة لمصلحتهم ، كما في الحراسة على العين في الشيوع (استئناف مختلط ٧ يوفيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨) . ويرجع الشركاء بالمصروفات والأجر على الشريك الذي تسبب بفعله في فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٨) .

(٣) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٨ - محمد على راتب فقرة ٣٤٩ ص ٨٩٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣ .

المبحث الثاني

استرداد المصروفات والتعويض

٤٧٦ — هو الحارس في استرداد المصروفات وفي التعويض : كانت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي للمادة ٧٣٦ مدني تجرى على الوجه الآتي : « للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك — وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود في حراسته وعلى إدارته » . فحذفت في لجنة المراجعة العبارة الأخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات ، اكتفاء بالقواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تقضي بأن يسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات ضرورية في حفظ المال وفي إدارته ، كمصروفات الترميمات الضرورية ومصروفات الزراعة من ثمن بذور وسجاد ومواش وآلات ومبيدات للحشرات وأجور العمال والمستخدمين الذين يستعين بهم الحارس في أداء مهمته . وكذلك يسترد ما أنفقه من مصروفات نافعة ، كمصروفات أنفقها في تحسين العين ، إذا حصل على موافقة ذوى الشأن أو إذن القاضي ، كل هذا ولو كان يتقاضى أجراً^(٢) . وللحارس ، شأنه في ذلك شأن المودع عنده والوكيل ، الرجوع بالتعويض عما يصيبه من ضرر يكون سببه المباشر قيامه بمهمته دون أن يكون في جانبه أى خطأ^(٣) . ويسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض من صاحب المال إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٩٤ — وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ في الهامش .
(٢) والحارس ، بخلاف الوكيل ، لا يتقاضى فوائد قانونية للمصروفات التي أنفقها من وقت صرفها (استئناف مختلط ه مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — محمد علي رشدي فقرة ٢٨٢) . وقد قضى بأن للحارس ، ولو كان مأجوراً ، أن يدخل في المصروفات ماهيات مستخدمى الحراسة وأجرة المكاتب التي يدير فيها الأعيان ومصروفات البريد والتلفون والتلغراف والنور . وما إلى ذلك (استئناف مختلط ه مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ وما بعدها بالنسبة إلى الوكيل ، وفقرة ٣٧٨ — فقرة ٣٧٩ بالنسبة إلى المودع عنده .

كان النزاع قد فصل فيه ، فإن لم يكن قد فصل فيه استرده من طالب الحراسة أو من الخصوم الآخرين ، على أن يرجعوا به على من يحكم لصالحه عند حسم النزاع (١) .

٤٧٧ — كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض :

تقدر مصروفات الحارس والتعويض المستحق له عن طريق دعوى موضوعية ، لا بأمر على عريضة (٢) . وللحارس أن ينضم المصروفات والتعويض والأجر من ريع المال الموضوع تحت حراسته عند تقديم الحساب (٣) ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم (٤) .

ولقضى الأمور المستعجلة أن يأمر فى حكم الحراسة ، أو فى أمر على

(١) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحامة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠ — عبدالحكيم فراج فقرة ٤٠٠ — محمد على رشدى فقرة ٢٨٢ وفقرة ٢٨٥ — محمد على راتب فقرة ٣٥٠ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠ .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٥١ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٢ — وانظر عكس ذلك محمد على راتب فقرة ٣٥٠ ص ٨٩١ وفقرة ٣٥٩ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للحارس أن يستصدر أمر تقدير بأتعابه . أما ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحراسة من النفقات فلا يجوز أن يأخذ به أمر تقدير بل يجب أن ترفع به دعوى خاصة أو يطلب الحكم به بصفة فرعية ضمن دعوى أخرى أوفى أثناء إجراءات التوزيع ، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضى تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الصرف والإيراد مدة إدارته التى غالباً ما تكون طويلة ، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به القاضى الذى يطلب منه أمر التقدير . فإذا أصدر القاضى مع ذلك أمر تقدير للحارس بهذه النفقات ، فلا يجوز هذا الأمر قوة الشيء المقضى به بعدم المعارضة فيه من الخصم ، لانه إنما صدر من لا صفة ولا ولاية له فى إصداره (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٠ — وانظر استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وكذلك نصت هذه المادة على أن للحارس أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته . فإذا كان من البديهي أن الإدارة تستلزم مصروفات ، وأن للمدير أن ينضم المصروفات من الإدارة أولاً بأول ، فإنه من الممكن أيضاً أن تتصور الحالة التى يحتاج فيها الحارس إلى المطالبة برد هذه المصروفات إليه ، وهى الحالة التى تنتهى فيها الحراسة بعد أن يكون الحارس قد أنفق هذه المصروفات وقبل أن يحصل من الإيرادات على ما ينى بسدادها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤) . وغنى عن البيان أن للحارس ، فى هذه الحالة الأخيرة ، أن يقدم باسترداد المصروفات طلباً مستقلاً .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٧ — وقد قضى بأن الحارس على عين شائعة له أن ينضم أجره ومصروفاته من ريع العين ، ولو كان الذى تسبب فى الحراسة بعض الشركاء دون البعض الآخر ، ومن لم يتسبب فى الحراسة يرجع على من تسبب (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت يوليه سنة ١٩٣٤ رقم ٣٩٧ ص ٣٢٦ — محمد على راتب فقرة ٣٥١) .

عريضة لاحق للحكم ، بإيداع مبلغ من ريع المال يخصص للحارس بالامتياز على سائر الدائنين يستعين به في أداء مأموريته^(١). وما يقدمه الخصم للحارس للصرف منه يكون ممتازاً امتياز المصروفات القضائية^(٢).

المبحث الثالث

ضمانات حقوق الحارس

٤٧٨ - من الحبس وهو الامتياز : كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وله (للحارس) الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخواه إياها هذه المادة ، وذلك دون إخلال . بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة^(٣) . والقواعد العامة المقررة فى الحبس تقضى بأن يكون للحارس حبس المال الموضوع تحت حراسته حتى يسترد أجره والمصروفات والتعويض (م ٢٤٦ مدنى وما بعدها)^(٤). ولا يؤثر فى حق الحبس أن الأجر والمصروفات والتعويض مبالغ غير معينة المقدار ، مادامت محققة الوجود^(٥) :

(١) استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٦ (الحارس أن يطلب تقديم مبلغ للصرف منه) - ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٧ - محمد على رشدى فقرة ٢٨٢ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤ - وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة (وهى التى حذفت فى لجنة المراجعة) للحارس الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة إلى أن يستوفى أجره وما يجوز له استرداده من المصروفات التى ينفقها . وتعتبر هذه الفقرة تطبيقاً للقاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٣١ (من المشروع التمهيدى) بشأن حق الحبس ، وينطبق عليه ما قلناه بشأن حق الحبس فى الوديعة : انظر المذكرة على المادتين ١٠٠٥ و ١٠٠٦ من المشروع - فيما أن تبقى وإما أن نحذف اكتفاء بالقاعدة العامة (وقد حذفت فعلاً كما قدمنا) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤) .

(٥) محمد على رشدى فقرة ٢٨٤ - محمد على راتب فقرة ٣٥٢ ص ٨٩٢ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٣ (ويشير إلى مصر ٢٧ مايو سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٤٠٦ سنة ١٩٥٣) .

وللحارس حق امتياز بالمبالغ التي صرفها لصيانة المنقول الموضوع تحت حراسته (م ١١٤٠ مدني) (١) .

٤٧٩ — تضامن طرفي الخصومة : وإذا التزم الخصوم المتعددون نحو الحارس بالأجر أو بالمصروفات أو بالتعويض ، كانوا متضامنين نحوه في هذا الالتزام ، تطبيقاً لأحكام الوكالة حيث تقضى بتضامن الموكلين المتعديين (٢) ، وقد قدمنا أن أحكام الوكالة تسري على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص (٣) . ولم يكن في التقنين المدني القديم نص على تضامن الموكلين ، ومع ذلك فقد قضى بتضامن الخصوم نحو الحارس في عهد هذا التقنين (٤) .

= وقد قضى بأن الحارس القضائي حق الحبس بالنسبة إلى مصروفاته وأتعابه ، وله استعماله حتى لو رفعت عن الأمر الصادر في شأنها معارضة ، إذ استعمال هذا الحق لا يتوقف على شرط تصفية الدين بصفة نهائية (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢٠) . ويجوز تعليق رفع يد الحارس على إيداع المبالغ التي يطلبها خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ويجوز استبدال حارس آخر بالحارس الأول وتكون من مهمة الحارس الآخر حبس المال حتى يستوفى الحارس الأول أجره والمصروفات (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) . وإذا دخلت أعيان الوقف خطأ ضمن الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، لم يجوز للحارس حبسها حتى يستوفى الأجر والمصروفات (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) — وانظر في حق الحبس استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥ .

(١) وقد ذهب بعض الأحكام إلى أن أجر الحارس والمصروفات تتمتع بحق امتياز المصروفات القضائية (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧ - ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ - ١١ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٣ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٥) . وعلى أي حال لا يختص قاضي الأمور المستعجلة بالبت فيما إذا كان الأجر والمصروفات تتمتع بحق امتياز (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ وفقرة ٤٠٣ في الهامش .

(٣) انظر في هذا المعنى محمد علي رشدي فقرة ٢٨٥ ص ٢٨٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠ - محمد علي عرفة ص ٥٥٢ - ص ٥٥٣ - وانظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصرفي هذا المعنى بأن الحارس القضائي يستحق أجر حراسته على الطرفين بطريق التضامن ، لأنه وديع يحكم من المحكمة له أجر على حراسته يلزم كل واحد من المتخاصمين على الشيء المودع . وللحارس أجرته على من يطلب الإيداع تحت يده لأن الأجرة ترتبت له على هذا الطلب ، وله الأجرة أيضاً على من يطلب الإيداع لا استفادته من الحراسة التي =

الفصل الثالث

انتهاء الحراسة

٨٠ — نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ من التقنين

المدني على ما يأتي :

« تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء »^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به

دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

السوري المادة ١/٧٠٤ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٧٣٨ ولا مقابل

للنص في التقنين المدني العراقي ، ولا في التقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٢) .

= هي عمل عام لمصلحة كل المتخاصمين على السواء . وتلزم أجرة الحارس من حكم بأحقية للوديعة لاستفادته من الحراسة بحفظ حقه على أكمل وجه . وتلزم من حكم عليه بمصاريف الحراسة لأنه سببها بمحوده حق من حكم له بالوديعة في الحراسة وما ترتب عليها من أجرة الحارس ، لأن الحارس القضائي قريب الشبه بالخير الذي تنتدبه المحكمة ، لأن كليهما مكلف بأمر نيظ به من قبل المحكمة لمصلحة المتخاصمين ، فكما خول القانون للخير الحق في طلب أجرته من كلا الخصمين يجب أن يخول الحارس القضائي هذا الحق أيضاً ، ولأن القانون المدني خول للحارس في المادة ٤٨٨ مدني (قديم) حق حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له فلا يجوز استرداد الوديعة منه إلا بعد أن يوفي بمصاريفه بأكملها بصرف النظر عما إذا كان قد حكم لأحد الخصوم بأحقية للوديعة كلها أو بعضها وذلك لأن كل الخصوم ملزمون له بالتضامن (استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٣٤٠) . انظر أيضاً في تضامن الخصوم نحو الحارس تغليياً لأحكام الوكالة على أحكام الوديعة : نقض فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٨٥٩ داللو ٥٩ - ١ - ١٧١ - باريس ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٣٠ - ١ - ٤١٥ - هيك ١١ فقرة ٢٧٨ - جيوار فقرة ١٨٥ - بودري وقال فقرة ١٣٠٣ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤١ هامش ٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ من المشروع

التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة

تحت رقم ١/٧٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٧٦٩ ، ثم مجلس

الشيوخ تحت رقم ١/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) .

= (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

٤٨١ — انتهاء مأمورية الحارس دوره انتهاء الحراسة : قد تنتهى مأمورية الحارس دون أن تنتهى الحراسة ذاتها ، ويكون ذلك بتنحى الحارس عن الحراسة لعذر مقبول^(١) ، أو بعزله عن الحراسة لسبب يستوجب ذلك^(٢) ، أو بموته ، أو بالحجر عليه . وعند ذلك تزول صفة الحارس ولكن الحراسة تبقى ، فيعين حارس جديد يحل محل الحارس الأول^(٣) . ويستوى في هذا كله الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية .

وقد تنتهى الحراسة ذاتها ، فتنتهى بانتهائها مأمورية الحارس ، وترفع الحراسة عن المال . ويحسن هنا أن نميز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية .

٤٨٢ — انتهاء الحراسة الاتفاقية : الأصل في الحراسة الاتفاقية أنها تنتهى بثبوت الحق لأحد طرفي الخصومة ، وهذا مستفاد من تعريف هذه الحراسة ، فهي « عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه » (م ٧٢٩ مدني) . ويخلص من هذا النص أن الحراسة الاتفاقية تدوم بموجب الاتفاق عليها مادام الحق غير ثابت لأحد طرفي الخصومة . فإذا ما ثبت هذا الحق لأحد الطرفين ، انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال إلى من ثبت له الحق فيه .

— التقنين المدني السوري م ١/٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني ؛ لا مقابل ولكن النص تطبيق للقواعد العامة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ بالنسبة إلى الحارس القضائي ، وفقرة ٤٠٣ في الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٤ بالنسبة إلى الحارس القضائي ، وفقرة ٤٠٣ في الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى — وانظر مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤ .

(٣) عبد الحكيم فرالج فقرة ٤١٩ ص ٣٧٩ — محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٢ —

ولكن يجوز للطرفين ، قبل ثبوت الحق لأحدهما ، أن يتفقا على إنهاء الحراسة . فهما قد أقاماها باتفاقهما ، ويستطيعان بداهة أن ينهياها باتفاقهما كذلك . وغنى عن البيان أنهما عندما يتفقا على إنهاء الحراسة ، يتفقا في الوقت ذاته على الشخص الذى يسلم له الحارس المال بعد أن انتهت الحراسة ، ويكون هذا الشخص عادة هو أحدهما ، لأنه لو كان أجنبياً ولا يزال الحق غير ثابت فسر ذلك بأن الحراسة الاتفاقية لا تزال مستمرة ولم يتغير الاشخص الحارس .

٤٨٣ — انتهاء الحراسة القضائية : أما الحراسة القضائية فتنتهى بأحد أمور ثلاثة :

أولاً — باتفاق ذوى الشأن جميعاً على انتهائها . فإن الحراسة القضائية ، وإن فرضت بحكم القضاء ، قد فرضت مراعاة لمصلحة الخصوم ، فإذا اتفق الخصوم جميعاً على انتهائها انتهت ، ووجب على الحارس تسليم المال إلى من يتفق الخصوم على تسليمه إياه ، دون حاجة إلى حكم بذلك .

ثانياً — بحسم النزاع الموضوعي وثبوت الحق لأحد الطرفين . فإذا كان هناك مثلاً نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع أن وضع المال تحت الحراسة ، فإن صدور حكم نهائى فى موضوع النزاع يبت فى أى من الطرفين هو المالك ينهى الحراسة لنفاذ غرضها^(١) . ويتعين على الحارس فى هذه الحالة أن يسلم المال لمن حكم له بالملكية ، دون حاجة إلى حكم بذلك ، فإن الحراسة قد انتهت من تلقاء نفسها . كذلك إذا وقع نزاع على إدارة المال الشائع فوضع تحت الحراسة حتى تعين المحكمة مديراً دائماً له طبقاً لأحكام المادة ٨٢٨/١ مدنى ، بقيت الحراسة إلى أن تعين المحكمة هذا المدير ، فإذا ما عينته انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال للمدير الذى عين^(٢) . وإذا وضع مال شائع تحت الحراسة حتى تتم قسمته وتمت القسمة ،

(١) ويجب أن يكون الحكم قد حسم النزاع ، فلا يكتفى بالحكم القاضى بشطب الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بعدم الاختصاص أو بطلان صحيفة الدعوى (محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ — محمد على عرفة ص ٥٥٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ .

انتهت الحراسة تلقائياً ووجب على الحارس أن يسلم إلى كل شريك حصته المفترزة دون حاجة إلى حكم^(١).

ثالثاً - بحكم القضاء ولو قبل حسم النزاع الموضوعي . ويكون ذلك إذا تغيرت الظروف التي استدعت فرض الحراسة ، بحيث لا يعود لها مقتضى . مثل ذلك أن يعين حارس قضائي على تركة أو على شركة ، ثم يعين مصنف لهذه التركة أو الشركة ، فتدخل مهمة الحارس في مهمة المصنف ، ولا يعود هناك مقتضى لبقاء الحراسة . ومثل ذلك أيضاً أن يعين حارس على مال شائع لاختلاف الشركاء في حصصهم ، ثم يقسم المال قسمة مهايأة بالتراضي ، فتنتهي الحراسة إذ لم يبق لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على حصة مفترزة مؤقتاً حتى يبت في النزاع الموضوعي . ومثل ذلك أن توضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، ثم يعين ناظر مؤقت لها ، فتنتهي الحراسة ويسلم الحارس الأعيان الموقوفة إلى الحارس المؤقت . ومثل ذلك أن توضع أموال المدين تحت الحراسة محافظة على حقوق الدائنين ، ثم يقدم المدين ضماناً يكفل هذه الحقوق ، فلا يعود هناك مبرر لبقاء الحراسة ، ومن ثم تنتهي ويسلم الحارس المال للمدين^(٢) . وفي هذه الأحوال وأمثالها ، لا تنتهي الحراسة

(١) قارن استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ - وتنتهي الحراسة بقوة القانون إذا نفذ حكم مرسى المزاو ، فلا يحتاج الراسي عليه المزاو إلى حكم برفع الحراسة لوضع يده على العقار المبيع في المزاو (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا كانت الحراسة فرضت على عقار نزع ملكيته لإلحاق ثماره به ، فاستيفاء الدائنين المقيدين لحقوقهم ينهي الحراسة بقوة القانون ، ولا تبقى ضماناً لحقوق الدائنين العاديين (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ . ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣) - وانظر بودري وقال فقرة ١٣٠٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٣٩ - محمد علي رشدي . فقرة ٢٩٣ - محمد علي عرفة ص ٥٥٤ . وإقامة ناظر مؤقت على الوقف يزيل الحاجة إلى الحراسة (مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١) .

(٢) وقد قضى بأنه عند الفصل في دعوى إنهاء الحراسة لا تبحث من جديد أوجه النزاع التي بنيت عليها الحراسة ، ويبحث فقط ما إذا كانت أسباب الحراسة قد زالت ، واستمرار حالة الشروع التي فرضت من أجلها الحراسة يمنع المحكمة من الحكم بانتهائها ، والقضاء بانتهاء الحراسة لا يؤثر في الحقوق الموضوعية للخصوم (مصر الكنية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤) . ويقضى برفع الحراسة متى زال السبب الذي أدى إلى فرضها ، حتى لو وجد سبب جديد آخر يستدعي إعادة فرضها إذ يجب رفع دعوى حراسة جديدة لهذا السبب الجديد (مصر مستعجل ١٦ =

تلقائياً إذا لم يتفق ذوو الشأن جميعاً على انتهائها ، ولا بد من حكم لإنهائها . فإذا كان الحارس معيناً من قاضي الأمور المستعجلة ، جاز لكل ذي مصلحة أن يرفع أمامه دعوى برفع الحراسة أو بإنهائها ، ويقتصر قاضي الأمور المستعجلة للبت في المسألة على فحص ظاهر المستندات ، دون أن يجاوز ذلك إلى فحص موضوعي يقتضي تحقيقاً أو خبرة أو توجيه يمين أو نحو ذلك^(١) . وإذا كان الحارس معيناً من محكمة الموضوع ، جاز رفع الدعوى بإنهاء الحراسة أمامها ، وجاز أيضاً رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل إذا توافر شرط الاستعجال^(٢) ، وفي كل من الفرضين تقتصر المحكمة على فحص ظاهر المستندات على الوجه الذي سبق بيانه^(٣) .

= ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ١٠١٢) . وانظر استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٩ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٠ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣ - مصر مستعجل ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ - محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٩ - محمد علي عرفة ص ٥٥٤ .

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٦ هامش ٢ - ولا يختص القاضي المستعجل بالأمر بتقديم حساب (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٠) ، كما لا يختص بالحكم بالمصروفات التي أنفقها الحارس في إدارته ، ولكن له أن يعلق رفع الحراسة على إيداع المبلغ المطالب للحارس في مقابل هذه النفقات (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٠٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٩٣ مكررة) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ - مصر مستعجل ١٨ يوليه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٨ ص ٤٠٩ - محمد علي رشدي فقرة ٢٩٢ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٨ .

(٣) وقد ترفع دعوى انتهاء الحراسة من الغير إذا فرضت الحراسة خطأ على أعيان مملوكة له لا للخصوم ، أو فرضت على أعيانه بطريق التواطؤ بين الخصوم ، وتقتصر المحكمة هنا أيضاً على فحص ظاهر المستندات (نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٠ - ٩١٢) .

فهرس

المجلد الأول

الصفحة

بيان	٢
استدراك وتصويب في شأن عبارة جاءت في الجزء السادس من	
الوسيط	٢

العقود

الواردة على العمل

عقد المقاولة

تمهيد

التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد	٥
تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى	٧
تمييز المقاولة عن الإيجار	٧
تمييز المقاولة عن عقد العمل	٨
تمييز المقاولة عن الوكالة	١٤
تمييز المقاولة عن البيع	٢٣
تمييز المقاولة عن الوديعة	٢٨
تمييز المقاولة عن الشركة	٣٠

صفحة

٣١	تنوع الأعمال التي تكون محلا للمقاولة
٣٢	التنظيم التشريعي لعقد المقاولة
٣٥	خطة البحث

الباب الأول

المقاولة بوجه عام

الفصل الأول - أركان المقاولة

٣٦	الفرع الأول - التراضي في المقاولة
٣٧	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٣٧	توافق الإيجاب والقبول
٣٨	التصميم والمقايضة ودفع الشروط
٤٠	التعاقد بطريق المسابقة
٤٣	الإثبات
٤٤	متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً
٤٧	المبحث الثاني - شروط الصحة
٤٨	المطلب الأول - الأهلية في المقاولة
٤٨	أهلية رب العمل
٤٩	أهلية المفاوض
٥٣	المطلب الثاني - عيوب الرضاء في المقاولة
٥٣	الغلط في شخص المفاوض
٥٣	الغلط في الحساب وغلطات القلم
٥٥	الفرع الثاني - المحل في المقاولة
٥٥	المبحث الأول - العمل في المقاولة
٥٥	الشروط الواجب توافرها في العمل
٥٨	أنواع العمل

صفحة

المبحث الثاني - الأجر في المقاولة	٥٩
الأجر كركن في عقد المقاولة	٥٩
جنس الأجر	٦٠
تقدير الأجر	٦١

الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على المقاولة

الفرع الأول - التزامات المقاول	٦٤
المبحث الأول - إنجاز العمل	٦٤
المطلب الأول - الواجبات التي يتضمنها إنجاز العمل	٦٥
طريقة إنجاز العمل	٦٥
العناية اللازمة في إنجاز العمل	٦٧
التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل :	٦٨
الفرض الأول - المقاول هو الذي يقدم المادة	٦٩
الفرض الثاني - رب العمل هو الذي يقدم المادة	٧٢
مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه	٧٥
عدم التأخر في إنجاز العمل	٧٦
المطلب الثاني - جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل	٧٨
تطبيق القواعد العامة	٧٨
قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو متاف للعقد	٨١
تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه	٨٥
المبحث الثاني - تسليم العمل	٨٨
المطلب الأول - وجوب تسليم العمل	٨٨
المحل الذي يقع عليه التسليم	٨٨
كيف يكون التسليم	٨٩
متى يكون التسليم	٨٩
أين يكون التسليم	٩٠

صفحة

المطلب الثاني - جزاء الاخلال بواجب التسليم (تحمل التبعة)	٩١
تطبيق القواعد العامة	٩١
تحمل تبعة دلاك الشيء قبل تسليمه	٩٣
الهلاك بخطأ المفاوض	٩٦
الهلاك بخطأ العمل	٩٧
المبحث الثاني - الضمان	٩٨
المطلب الأول - الضمان بوجه عام	٩٨
ضمان المفاوض للمادة التي يقدمها - إحالة	٩٨
مسئولية المفاوض عن المادة التي يقدمها رب العمل - إحالة	٩٨
ضمان المفاوض للعيوب في الصنعة	٩٩
المطلب الثاني - ضمان المهندس المعماري والمفاوض لعيوب البناء	١٠٤
§ ١ طرفا الضمان	١٠٧
طرفا الضمان هما طرفاً عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة	١٠٧
المدین بالضمان	١٠٩
الدائن بالضمان	١١٠
§ ٢ - سبب الضمان	١١٣
سبب الضمان يرجع إلى البناء	١١٣
سبب الضمان يرجع إلى التصميم	١١٧
المدة التي يقوم فيها سبب الضمان	١٢١
§ ٣ - جزاء الضمان	١٢٥
موضوع دعوى الضمان	١٢٥
تقديم دعوى الضمان	١٢٧
المسئولية نحو الغير	١٣٠
§ ٤ - انتفاء الضمان	١٣٢
دعوى الضمان تقوم على المسئولية العقدية	١٣٢
كيف ينتق الضمان	١٣٤
القوة القاهرة	١٣٥
خطأ رب العمل	١٣٧
الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه لا ينتق به الضمان	١٣٩
جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه	١٤٢

صفحة

الفرع الثاني - التزامات رب العمل ١٤٣

المبحث الأول - تمكين المقاول من إنجاز العمل ١٤٤

التزام رب العمل بأن يبذل ما في وسعه لتمكين المقاول من

إنجاز العمل ١٤٤

جزاء الالتزام ١٤٥

المبحث الثاني - تسلم العمل ١٤٦

تسلم العمل وتقبله ١٤٧

شروط التسلم ١٤٩

متى يكون التسلم وأين يكون ١٥٠

كيف يكون التسلم ١٥١

النتائج التي تترتب على التسلم ١٥٣

جزاء الالتزام بالتسلم ١٥٣

المبحث الثالث - دفع الأجر ١٥٥

المطلب الأول - ما الذي يجب أن يدفع ١٥٥

ضرورة وجود الأجر ١٥٥

عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر ١٥٧

كيف يمين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق على تعيينه ١٥٧

توابع الأجر ١٥٩

مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله ١٦٠

استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه : ١٦١

§ ١ - الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة : ١٦٢

شروط ثلاثة ١٦٤

ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة : ١٦٦

الفرض الأول - المجاوزة غير جسيمة ١٦٦

الفرض الثاني - المجاوزة جسيمة ١٦٧

§ ٢ - الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين : ١٦٩

نص قانوني ١٦٩

نطاق تطبيق النص ١٧١

صفحة

القاعدة العامة	١٧٤
فرضاق استثنائيان :	١٧٧
الفرض الأول - تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل	
أو بناء على اتفاق معه	١٧٧
الفرض الثاني - زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن	
الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول	١٨١
§ ٣ - أجر المهندس المعماري	١٨٦
تكييف العقد مع المهندس المعماري	١٨٧
المفروض أن المهندس يعمل بأجر	١٨٨
كيف يقدر أجر المهندس	١٨٩
جواز تخفيض أجر المهندس	١٩٢
المطلب الثاني - طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضمائنه	١٩٤
§ ١ - طرفا الدفع :	١٩٤
المدين بالأجر	١٩٤
الدائن بالأجر	١٩٦
§ ٢ - زمان الدفع ومكانه	١٩٧
زمان الدفع	١٩٧
مكان الدفع	٢٠١
§ ٣ - ضمانات الدفع	٢٠٢
تطبيق القواعد العامة	٢٠٢
الحق في حبس العمل لاستيفاء الأجر	٢٠٣
حقوق الامتياز	٢٠٦
الفرع الثالث - المقاولة من الباطن	٢٠٦
التنازل عن المقاولة	٢٠٦
المقاولة من الباطن - الشرط المانع	٢٠٨
قيام علاقات متنوعة في حالة المقاولة من الباطن	٢١٢
§ ١ - علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن	٢١٢
علاقة رب عمل بمقاول	٢١٢

صفحة

التزامات المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن	٢١٣
التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلي	٢١٦
٢ علاقة المقاول الأصلي برب العمل	٢٢٠
عقد المقاولة الأصلي هو الذى ينظم هذه العلاقة	٢٢٠
التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي	٢٢١
التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل	٢٢١
مسئولية المقاول الأصلي من المقاول من الباطن نحو رب العمل	٢٢٢
٣ - علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن	٢٢٣
العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة	٢٢٣
لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته	٢٢٤
لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته	٢٢٤
جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجر مباشرة	٢٢٥
من يكون طرفاً فى المطالبة	٢٢٧
ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز	٢٢٩

الفصل الثالث - انتهاء المقاولة

الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة	٢٣٥
الانتهاء قبل التنفيذ وفقاً للقواعد العامة	٢٣٦
سببان لانتهاء خاصان بالمقاولة	٢٤٠
المبحث الأول - تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة	٢٤٠
نص قانونى	٢٤٠
النص تطبيق للقواعد العامة لوحظت فيه مساهمة طبيعة عقد المقاولة	٢٤٢
ما يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة	٢٤٥
ما لا يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة	٢٤٧
كيف يقع التحلل من المقاولة	٢٤٩
ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاولة	٢٥٠
المبحث الثانى - موت المقاول	٣٥٣
موت رب العمل وموت المقاول	٢٥٦

٢٥٦ موت وب العمل
	موت المكاول ويلحق به أن يصبح عاجزا عن إتمام العمل لسبب
٢٥٧ لا يد له فيه ..
٢٥٨ مؤهلات المكاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد
٢٦٠ مؤهلات المكاول الشخصية ليست محل اعتبار في التعاقد
٢٦١ ما يترتب على انتهاء المكاولة بموت المكاول
٢٦٤ مقارنة بين أحوال ثلاث في التحلل من المكاولة

الباب الثاني

بعض أنواع المكاولات

الفصل الأول - التزام المرافق العامة

٢٦٦ التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم والعميل
٢٦٩	المبحث الأول - المرفق العام وطرق إدارته - عقد التزام المرفق العام
٢٦٩	§ ١ - المرفق العام :
٢٦٩ المرفق العام وخصائصه
٢٧٠ أقسام المرافق العامة
٢٧٢ النظام القانوني للمرافق العامة
٢٧٣	§ ٢ - طرق إدارة المرفق العام :
٢٧٥ الطريقة الأولى - الإدارة المباشرة أو الريجي
٢٧٦ الطريقة الثانية - الإدارة عن طريق المؤسسات العامة
٢٧٦ الطريقة الثالثة - الإدارة بطريق الريجي غير المباشر
٢٧٧ الطريقة الرابعة - الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط
٢٧٨ الطريقة الخامسة - الإدارة بطريقة الالتزام
٢٧٩	§ ٣ - عقد التزام المرفق العام :
٢٨٠ عناصر عقد التزام المرفق العام
٢٨٣ حقوق الملتزم

صفحة:

واجبات الملتزم	٢٨٧
التكيف القانوني لعقد الالتزام	٢٩٢
ما يرتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إداري	٢٩٤
المبحث الثاني - العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل	٢٩٧
مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم - الحق في المرفق	٢٩٧
مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم - الانتفاع بالمرفق - رابطة تعاقدية مدنية	٢٩٨
§ ١ - أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام :	٣٠٢
مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مانحة الالتزام	٣٠٣
الأسعار التي قررت السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها	٣٠٦
جواز إعادة السلطة الإدارية النظر في الأسعار المقررة	٣٠٨
§ ٢ - استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور :	٣٠٩
واجب الملتزم الجوهري	٣٠٩
مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق العام وانتظامه	٣١١
§ ٣ - المساواة بين العملاء :	٣١٥
تقرير مبدأ المساواة	٣١٦
ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء	٣١٨
§ ٤ - الجزاء :	٣١٩
الجزاء المدني	٣١٩
الجزاء الإداري	٣٢١
متى يكون للعميل صفة في التقاضي	٣٢٣

الفصل الثاني - أنواع أخرى من المقاولات

المبحث الأول - عقد النشر	٣٢٦
صور مختلفة	٣٢٦
§ ١ - أركان عقد النشر :	٣٢٩
الركن الأول - التراضي	٣٢٩
الركن الثاني - العمل الأدبي أو الفني (الموافق)	٣٣٠
الركن الثالث - الأجر	٣٣٣

صفحة

§ ٢ - التزامات المؤلف : ٣٣٤

الالتزام الأول - تسليم العمل الأدبي أو الفني للناشر ٣٣٤

الالتزام الثاني - الضمان ٣٣٦

§ ٣ - التزامات الناشر : ٣٣٨

الالتزام الأول - طبع المؤلف ونشره ٣٣٨

الالتزام الثاني - احترام حقوق المؤلف المالية ٣٤٠

الالتزام الثالث - احترام حقوق المؤلف الأدبية ٣٤١

§ ٤ - عقد العرض المسرحي : ٣٤٢

صور العقد المختلفة ٣٤٢

التزامات المؤلف المسرحي ٣٤٣

التزامات صاحب المسرح ٣٤٤

المبحث الثاني - عقد النظارة ٣٤٦

عقد النظارة عقد مقاول في الأصل ٣٤٦

كيف يتم التعاقد مع النظارة ٣٤٨

التزامات صاحب المسرح ٣٥٠

التزامات العميل ٣٥٣

المبحث الثالث - العقد مع رجل الأعمال ٣٥٥

صور مختلفة للتعاقد مع رجل الأعمال ٣٥٥

متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً ٣٥٧

التزامات رجل الأعمال ٣٦١

التزامات العميل ٣٦٣

المبحث الرابع - عقد الإعلان ٣٦٣

الصور المألوفة للإعلان ٣٦٣

التزامات ناشر الإعلان ٣٦٧

التزامات صاحب الإعلان ٣٦٨

صفحة

المطلب الثاني - عيوب الإرادة في الوكالة	٤١٩
تطبيق القواعد العامة - الغلط في شخص الوكيل أو الموكل	٤١٩
الإكراه الأدبي	٤٢٠
الفرع الثاني - التصرف القانوني محل الوكالة	٤٢١
المبحث الأول - الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني	
محل الوكالة	٤٢١
الشرط الأول - التصرف القانوني ممكن	٤٢١
الشرط الثاني - التصرف القانوني معين أو قابل للتعيين	٤٢٣
الشرط الثالث - التصرف القانوني مشروع	٤٢٤
ما يترتب على بطلان الوكالة التي لم تتوافر فيها الشروط	٤٢٩
المبحث الثاني - أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلا للوكالة	
للكوكالة	٤٣٠
التصرفات القانونية التي تكون محلا للوكالة	٤٣٠
مدى سعة الوكالة	٤٣١
الوكالة العامة	٤٣٢
الوكالة الخاصة	٤٣٨
الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية	٤٤٦
إثبات مدى سعة الوكالة	٤٤٧

الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على الوكالة

الفرع الأول - آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين	٤٤٩
المبحث الأول - التزامات الوكيل	٤٥٠
المطلب الأول - تنفيذ الوكالة	٤٥٠
§ ١ - تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة	٤٥٠
القاعدة - التزام حدود الوكالة المرسومة	٤٥١
الاستثناء - الخروج عن حدود الوكالة المرسومة	٤٥٤

صفحة:

§ ٢ — العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة ٤٥٩

نظرية تدرج الخطأ والنظرية الحديثة ٤٦٠

مستولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم ٤٦٢

مستولية الوكيل عن الخطأ العادى ٤٦٤

عدم مستولية الوكيل عن السبب الأجنبى ٤٦٨

الإثبات ٤٧٠

التعويض ٤٧١

التعديل الاتفاقى لقواعد المستولية ٤٧٣

§ ٣ — تعدد الوكلاء ونائب الوكيل ٤٧٥

تعدد الوكلاء ٤٧٥

اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل ٤٧٦

تضامن الوكلاء في المسئولية ٤٧٩

نائب الوكيل ٤٨٣

علاقة الموكل بنائب الوكيل ٤٨٥

مستولية الوكيل عن قائمه ٤٨٩

المطلب الثانى — تقديم حساب عن الوكالة ٤٩٣

موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية ٤٩٤

كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها ٤٩٥

الأحوال التى يعنى الوكيل فيها من تقديم الحساب ٤٩٧

المطلب الثالث — رد ما للموكل في يد الوكيل ٥٠١

رد ما للموكل من مال في يد الوكيل ٥٠١

دفع الفوائد في حالتين ٥٠٤

رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل ٥١٠

المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ٥١١

المبحث الثانى — التزامات الموكل ٥١٤

المطلب الأول — دفع الأجر ٥١٤

§ ١ — الأجر بوجه عام ٥١٥

لا يوجد اتفاق على الأجر ٥١٦

يوجد اتفاق على الأجر ٥١٧

مقدار الأجر - خضوعه لتقدير القاضى وجواز تعديله ... ٥٢١

زمان دفع الأجر ومكانه ... ٥٣٠

§ ٢ - أتعاب المحامى ... ٥٣١

الأصل فى المحامى أن يكون بأجر ... ٥٣١

الاتفاق على مقدار الأتعاب - خضوعه لتقدير القاضى وجواز تعديله ... ٥٣٢

عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب - قيام مجلس النقابة بالتقدير ... ٥٣٨

الضمانات التى تكفل أتعاب المحامى ... ٥٤٢

سقوط الأتعاب بالتقادم ... ٥٤٥

المطلب الثانى - رد المصروفات ... ٥٤٧

التزامات الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات ... ٥٤٩

التزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ الوكالة ... ٥٥٠

التزام الموكل بدفع فوائد المصروفات من يوم الإنفاق ... ٥٥٤

سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم ... ٥٥٦

المطلب الثانى - التعويض عن الضرر ... ٥٥٨

الشرطان الواجب توافرها لتحقيق مسئولية الموكل ... ٥٥٩

الشرط الأول - تنفيذ الوكالة هو السبب فى الضرر ... ٥٥٩

الشرط الثانى - لا خطأ فى جانب الوكيل ... ٥٦٣

ما لا يشترط توافره ... ٥٦٣

مصدر التزام الموكل بالتعويض ... ٥٦٤

المطلب الرابع - الضمانات التى تكفل التزامات الموكل ... ٥٦٥

الحبس ... ٥٦٧

تضامن الموكلين المتعدين ... ٥٦٩

الفرع الثانى - آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل ٥٧٣

المبحث الأول - الوكيل يعمل باسم الموكل ... ٥٧٦

علاقة كل من الوكيل والموكل بالغير ... ٥٧٦

تطبيق أحكام النيابة ... ٥٧٦

§ ١ - علاقة الوكيل بالغير : ... ٥٨٢

يقوم التصرف الذى يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة الموكل ٥٨٢

صفحة

ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخصه ... ٥٨٣ .
 متى يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير ... ٥٨٥ .
 § ٢ - علاقة الموكل بالغير : ... ٥٨٨ .

انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل ... ٥٨٨ .
 خروج الوكيل عن حدود الوكالة - مجاوزة هذه الحدود أو العمل دون
 وكالة أو بعد انتهائها ... ٥٩٣ .
 الوكالة الظاهرة - شروط قيامها ... ٦٠١ .
 الأثر الذي يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ... ٦١٣ .
 الأساس القانوني الذي تقوم عليه الوكالة الظاهرة ... ٦١٤ .
 مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله ... ٦١٧ .

المبحث الثاني - الوكيل يعمل باسمه الشخصي - المسخر أو الاسم

المستعار ... ٦٢١ .

متى يعمل الوكيل باسمه الشخصي ... ٦٢١ .

§ ١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير : ... ٦٢٧ .

انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر ... ٦٢٧ .
 انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر ... ٦٣٠ .
 انصراف الالتزامات إلى الوكيل المسخر ... ٦٣١ .
 علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين ... ٦٣١ .

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير : ... ٦٣٢ .

عدم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل ... ٦٣٢ .
 عدم انصراف الحقوق إلى الموكل ... ٦٣٣ .
 عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل ... ٦٣٤ .
 علاقة الموكل بأغيار آخرين ... ٦٣٥ .

§ ٣ - علاقة الوكيل المسخر بالموكل : ... ٦٣٦ .

تحديد هذه العلاقة - إثبات الوكالة المستترة ... ٦٣٦ .
 علاقة الوكيل المسخر بالموكل هي علاقة وكيل بموكل ... ٦٣٧ .
 نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل ... ٦٣٩ .

الفصل الثالث - انتهاء الوكالة

- أسباب انتهاء الوكالة ٦٤٥
- الأحكام التي تترتب على الوكالة بعد انتهائها ٦٤٥
- الفرع الأول - انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة** ٦٥٠
- § ١ - انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها ٦٥٠
- إتمام العمل محل الوكالة ٦٥٠
- انقضاء الأجل ٦٥١
- § ٢ - انتهاء الوكالة قبل التنفيذ ٦٥٢
- استحالة التنفيذ ٦٥٢
- الإفلاس ونقص الأهلية ٦٥٢
- الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ ٦٥٤
- الفرع الثاني - انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها** ٦٥٥
- § ١ - أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي ٦٥٥
- موت الوكيل ٦٥٥
- موت الموكل ٦٥٦
- § ٢ - أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم ٦٦٠
- عزل الوكيل من الوكالة ٦٦٠
- تنحي الوكيل عن الوكالة ٦٦٨

عقد الوديعة

تمهيد

- التعريف بعقد الوديعة وخصائص هذا العقد ٦٧٥
- تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ٦٨١
- التنظيم التشريعي لعقد الوديعة ٦٨٤
- خطة البحث ٦٨٥

الفصل الأول - أركان العقد

٦٨٦	٦٨٦	الفرع الأول - التراضي في عقد الوديعة
٦٨٦	٦٨٦	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٦٨٦	٦٨٦	توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد الوديعة
٦٨٨	٦٨٨	إثبات الوديعة
٦٩١	٦٩١	المبحث الثاني - شروط الصحة
٦٩١	٦٩١	الأهلية في عقد الوديعة
٦٩٤	٦٩٤	عيوب الإرادة في عقد الوديعة
٦٩٤	٦٩٤	الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد الوديعة
٦٩٤	٦٩٤	الشروط الواجب توافرها في الشيء المودع
٦٩٥	٦٩٥	الأشياء التي يجوز إيداعها
٦٩٦	٦٩٦	السبب في عقد الوديعة

الفصل الثاني - آثار الوديعة

٦٩٧	٦٩٧	الفرع الأول - التزامات المودع عنده
٦٩٧	٦٩٧	المبحث الأول - تسليم الشيء المودع
٦٩٨	٦٩٨	التسليم التزام لا ركن
٦٩٩	٦٩٩	كيف يكون التسليم - التسليم الحقيقي والتسليم الحكي
٧٠٠	٧٠٠	جزاء الإخلال بالتزام التسليم
٧٠١	٧٠١	تبعة هلاك الشيء المودع
٧٠١	٧٠١	المبحث الثاني - حفظ الشيء المودع
			حفظ الشيء المودع هو الغرض الأساسي من عقد الوديعة وهو الالتزام
٧٠١	٧٠١	الجوهرى فيها
٧٠١	٧٠١	التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو التزام يبذل عناية
٧٠٢	٧٠٢	الجمع في الوديعة بين المعيارين الشخصى والمادى
٧٠٩	٧٠٩	عدم مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبى
٧١٠	٧١٠	الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية
٧١١	٧١١	عدم مجواز استعمال المودع عنده الويعة
٧١٤	٧١٤	عدم مجواز أن يحل المودع عنده غيره محله في حفظ الوديعة

صفحة

المبحث الثالث - رد الشيء المودع ... ٧١٧

§ ١ - ما الذي يجب رده : ... ٧١٩

الرد عيناً ... ٧١٩

الرد بمقابل ... ٧٢١

رد الثمار ... ٧٢٥

§ ٢ - لمن يكون الرد ومتى وأين يكون : ... ٧٢٧

لمن يكون الرد ... ٧٢٧

متى يكون الرد ... ٧٣٢

أين يكون الرد ومصروفاته ... ٧٣٤

§ ٣ - جزاء الإخلال بالتزام الرد : ... ٧٣٥

دعوى الاسترداد ... ٧٣٥

دعوى التعويض ... ٧٣٧

الدعوى الجنائية ... ٧٣٨

الفرع الثاني - التزامات المودع ... ٧٣٩

المبحث الأول - دفع الأجر ... ٧٣٩

لا يوجد اتفاق على الأجر ... ٧٤١

يوجد اتفاق على الأجر ... ٧٤١

المبحث الثاني - رد المصروفات ... ٧٤٣

أنواع المصروفات التي يجب ردها ... ٧٤٤

المبحث الثالث - التعويض عن الضرر ... ٧٤٦

تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة ... ٧٤٧

الفصل الثالث - انتهاء الوديعة

انقضاء الأجل ... ٧٥٠

رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل ... ٧٥٠

موت المودع عنده ... ٧٥١

صفحة

الفصل الرابع - بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول - الوديعة الناقصة ٧٥٣

صور عملية للوديعة الناقصة ٧٥٤
عدم جدوى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب اعتبار

هذه الوديعة قرضاً ٧٥٥

الفرع الثاني - الوديعة الاضطرارية ٧٥٨

ما هي الوديعة الاضطرارية ٧٥٨

الأحكام الخاصة بالوديعة الاضطرارية ٧٦١

الفرع الثالث - الوديعة في الفنادق والحانات ٧٦٣

نطاق الوديعة في الفنادق والحانات ٧٦٦

الإثبات ٧٧٠

المسئولية ٧٧٠

الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية ٧٧٦

الحراسة

تمهيد

التعريف بالحراسة - أركانها ٧٨١

أحكام الحراسة هي أحكام الوديعة والوكالة ٧٨٢

الأهمية العملية للحراسة وتنظيمها التشريعي ٨٨٣

خطة البحث ٧٨٤

الفصل الأول - قيام الحراسة

الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية ٧٨٥

الفرع الأول - قيام الحراسة الاتفاقية ٧٨٥

الحراسة الاتفاقية هي عقد وديعة تتميز بخصائص معينة ٧٨٦

الاتفاق على الحراسة ينشئ من توافر شرط الخطر العاجل الواجب

توافره في الحراسة القضائية ٧٨٧

الصفحة

للاتفاق على الحراسة صورتان ٧٨٨

طرفا الحراسة الاتفاقية ٧٨٩

الفرع الثاني - قيام الحراسة القضائية ٧٩١

الشرط في الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أى خطر عاجل ٧٩١

طبيعة الحراسة القضائية ٧٩٥

المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية ٧٩٨

المبحث الأول - الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية ... ٨٠٣

الفروض المنصوص عليها في القانون ليست مذكورة على سبيل الحصر ٨٠٣

المطلب الأول - أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير

الموقوفة ٨٠٧

§ ١ - حالات وردت فيها نصوص قانونية : ... ٨٠٩

عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة ... ٨١٠

نزاع الشيء الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة ٨١٢

تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزاع الملكية ٨١٣

وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة ... ٨١٤

تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها ... ٨١٥

وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة ... ٨١٦

§ ٢ - قيام نزاع في شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه : ... ٨٢٠

الشروط الواجب توافرها في هذا الفرض ... ٨٢٠

النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة ... ٨٢٥

النزاع متصل بعقد البيع ... ٨٢٦

النزاع متصل بعقد الإيجار ... ٨٢٩

النزاع متصل بالمال الشائع ... ٨٣٢

النزاع متعلق بالتركات ... ٨٣٩

النزاع متعلق بالشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو النقابات ... ٨٤٦

§ ٣ - تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء

المال تحت يده حائزه ... ٨٥٢

قيام الخطر العاجل كاف وحده لفرض الحراسة ... ٨٥٢

بعض التطبيقات العملية : ... ٨٥٥

الصفحة

٨٥٥ ... مال طالب الحراسة في يد الغير

٨٥٧ ... لطالب الحراسة حق في مال الغير

٨٥٨ ... طالب الحراسة دائن يريد ضمان وفاء الدين

٨٦٣ ... لطالب الحراسة حق محتمل يريد حمايته

المطلب الثاني - أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة ٨٦٥

أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيق القواعد العامة وليست مذكورة

٨٦٦ ... على سبيل الحصر

§ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف : ٨٧١

٨٧١ ... الحالات التي ترجع إلى هذا السبب

إثبات أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون للزوى

٨٧٣ ... الشأن من الحقوق

٨٧٤ ... ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلي

§ ٢ - وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف : ٨٧٨

٨٧٨ ... متى توضع الحراسة بسبب مديونية الوقف

٨٧٩ ... يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين

٨٧٩ ... ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلي

§ ٣ - وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق : ٨٨١

٨٨١ ... متى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق

٨٨٣ ... يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين

٨٨٤ ... ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلي

المبحث الثاني - دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائي ٨٨٦

§ ١ - الاختصاص في دعوى الحراسة القضائية : ٨٨٦

٨٨٦ ... الولاية في دعوى الحراسة القضائية

٨٨٨ ... عدم قيام الوظيفة الولائية في دعوى الحراسة

٨٩٠ ... الاختصاص النوعي - القضاء المستعجل ومحكمة الموضوع

٨٩٤ ... الاختصاص المحلي

§ ٢ - الإجراءات والحكم في دعوى الحراسة : ٨٩٦

٨٩٦ ... إجراءات دعوى الحراسة

٨٩٧ ... حكم الحراسة

صفحة

٩٠١	حجية حكم الحراسة
٩٠٣	تنفيذ حكم الحراسة
٩٠٥	§ ٣ - تعيين الحارس القضائي :
٩٠٦	من يعين الحارس القضائي
٩١٠	التكليف القانوني لصفة الحارس القضائي
	ما يترتب على أن الحارس القضائي نائب عن صاحب الحق في المال الموضوع
٩١٢	تحت الحراسة
٩١٤	تنحى الحارس القضائي عن الحراسة
٩١٥	طلب عزل الحارس القضائي واستبدال آخر به

الفصل الثاني - آثار الحراسة

٩١٨	بيان التزامات الحارس وحقوقه
٩٢١	الفرع الأول - التزامات الحارس
٩٢١	المبحث الأول - تسلم المال والمحافظة عليه
٩٢٢	التزام الحارس بتسليم المال
٩٢٢	التزام الحارس بالمحافظة على المال
٩٢٥	عدم جواز إحلال ذوى الشأن في المحافظة على المال
٩٢٦	الحارس وحده هو ذو الصفة في جميع أعمال الحفظ
٩٢٧	المبحث الثاني - إدارة المال
٩٢٩	سلطة الحارس في الإدارة
٩٣٤	سلطة الحارس في التصرف
٩٣٦	عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن في إدارة المال
	الحارس وحده هو ذو الصفة في جميع أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل
٩٣٧	في سلطته
٩٤٠	المبحث الثالث - تقديم الحساب
٩٤١	التزام الحارس بتقديم الحساب كالتزام الوكيل
٩٤٢	ما يتخصص به الحارس في تقديم الحساب
٩٤٤	المبحث الرابع - رد المال
٩٤٥	تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشيء المودع
٩٤٦	متى يكون الرد ولمن يكون

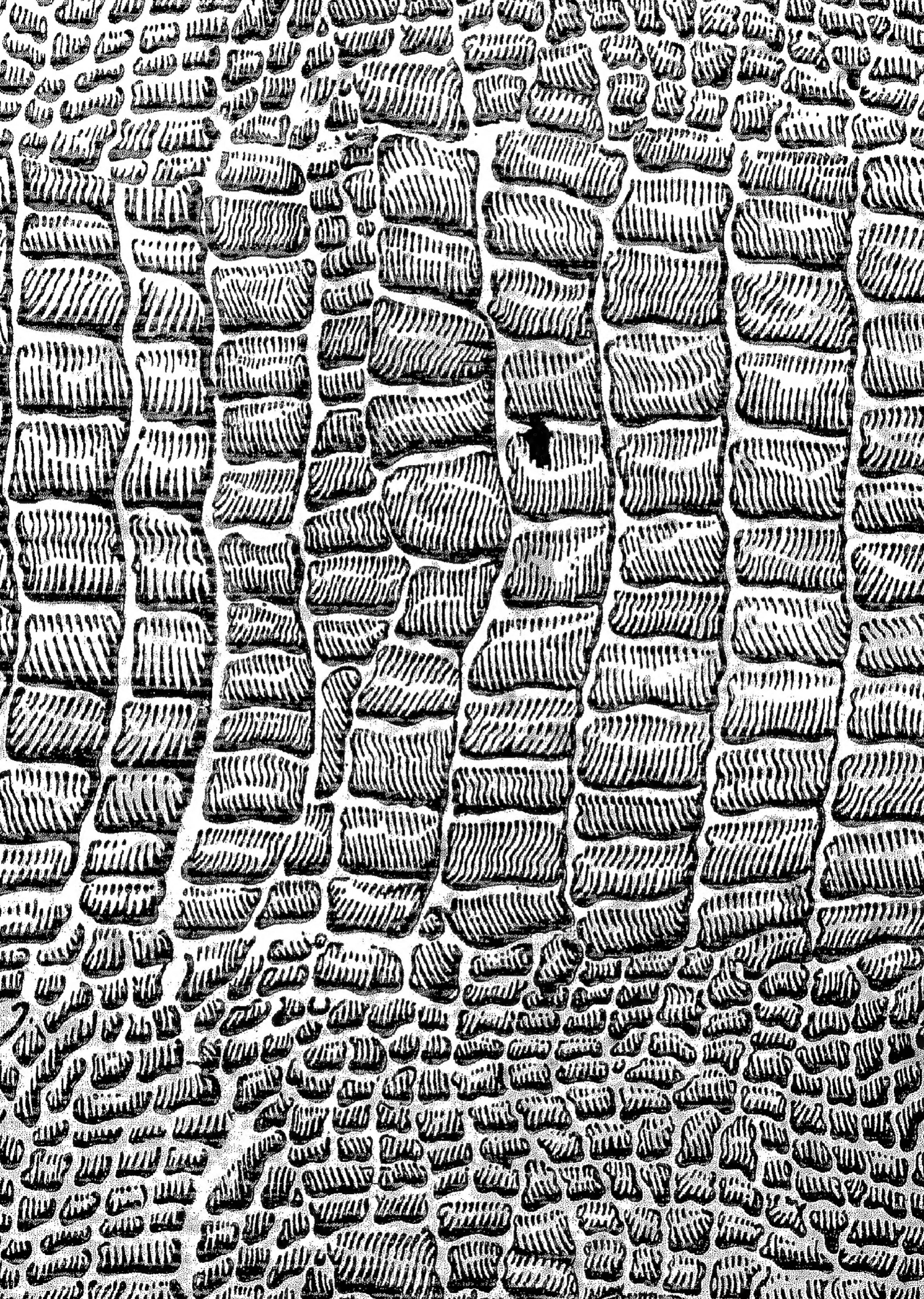
صفحة

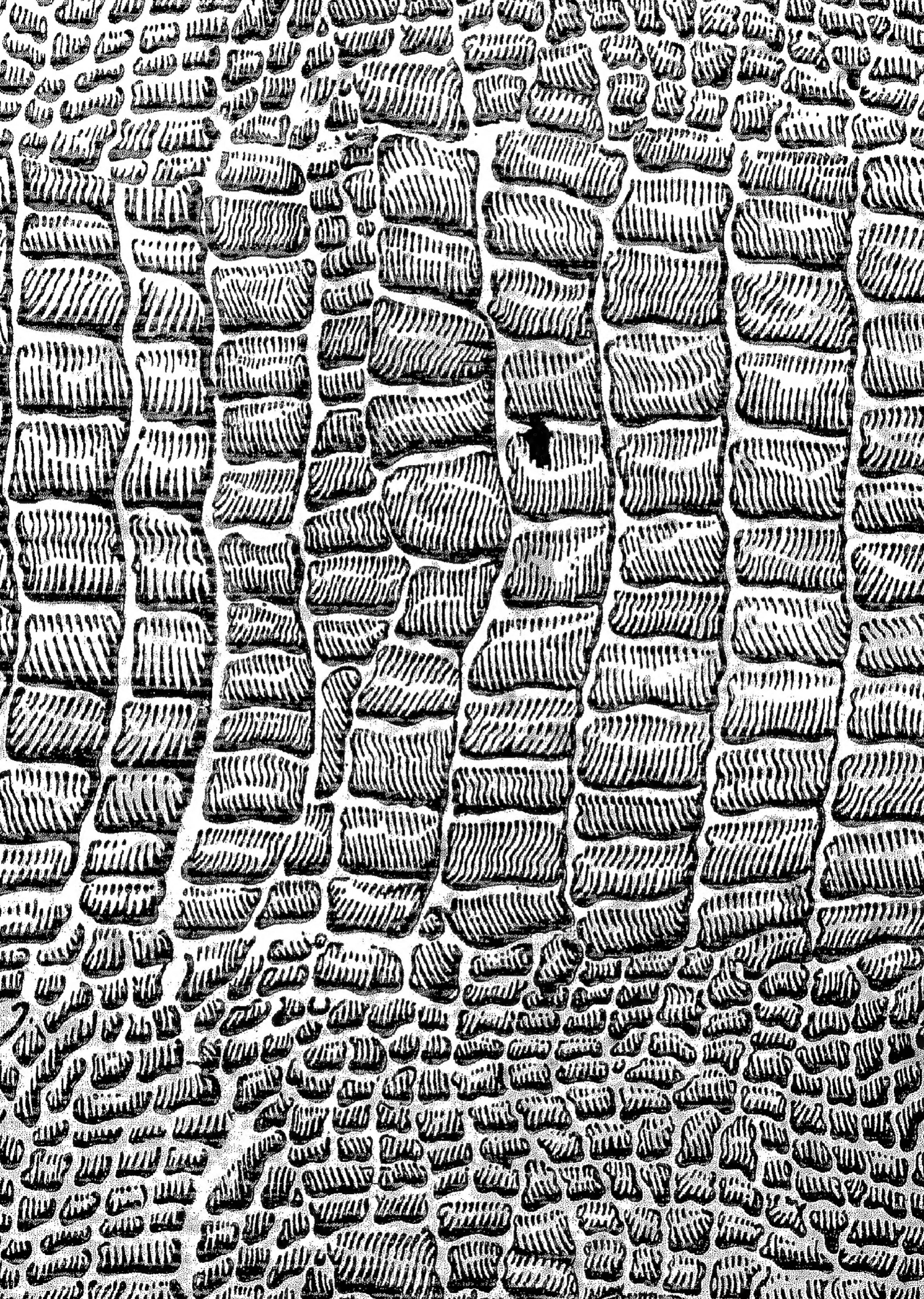
الفرع الثاني - حقوق الحارس	٩٤٧
المبحث الأول - تقاضى الأجر	٩٤٧
الأصل فى الحارس أن يكون بأجر	٩٤٨
كيف يقدر الأجر	٩٤٨
من يلزم بأجر الحارس	٩٥٠
المبحث الثاني - استرداد المصروفات والتعويض	٩٥١
حق الحارس فى استرداد المصروفات والتعويض	٩٥١
كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض	٩٥٢
المبحث الثالث - ضمانات حقوق الحارس	٩٥٣
حق الحبس وحق الامتياز	٩٥٣
تضامن طرفى الخصومة	٩٥٤

الفصل الثالث - انتهاء الحراسة

انتهاء مأمورية الحارس دون انتهاء الحراسة	٩٥٦
انتهاء الحراسة الاتفاقية	٩٥٦
انتهاء الحراسة القضائية	٩٥٧

القاهرة
مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر





 Bibliotheca Alexandrina



0566900